REVISTA BRASILEIRA

DE DIREITO DA SAÚDE

Ano I • Número 1 • Julho a Dezembro de 2011

SANTAS CASAS UNIDAS
CONFEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS DE MISERICÓRDIA, HOSPITAIS E ENTIDADES FILANTRÓPICAS - CMB

REVISTA BRASILEIRA

DE DIREITO DA SAÚDE

Ano I • Número 1 • Julho a Dezembro de 2011



José Reinaldo Nogueira de Oliveira Junior
Presidente da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB)

Maçazumi Furtado Niwa
Coordenador Executivo da Revista Brasileira de Direito da Saúde

Fernando Borges Mânica
Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito da Saúde

CONSELHO EDITORIAL
Paulo Bonavides (UFCE)
André Gonçalo Dias Pereira (Universidade de Coimbra)
Fernando Augusto de Melo Guimarães (TCE-PR)
Gilmar de Assis (MP-MG)
Gustavo Justino de Oliveira (USP)
José Eduardo Sabo Paes (MP-DF)
Miguel Kfouri Neto (TJ-PR)
Paulo Garrido Modesto (MP-BA e UFBA)
Vanessa Verdolim Hudson de Andrade (TJ-MG)

COLABORADORES DESTE VOLUME
Maria da Glória Colucci, Fernando Borges Mânica, Rubens Carmo Elias Filho, Felipe dos Santos Lopes, Josenir Teixeira, Gabriel Schulman

EDITORAS
Vanda Ramos
Juliane Ferreira

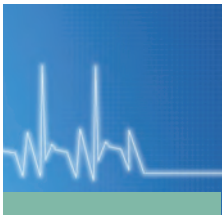
Revista Brasileira de Direito da Saúde
Publicação semestral da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas – CMB à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.
As opiniões emitidas nos artigos assinados e publicados são de responsabilidade de seus autores.
A publicação conta com distribuição dirigida em território nacional com uma tiragem de 2.500 exemplares.

Revista Brasileira de Direito da Saúde.
v.1 (julho/dezembro 2011). Brasília, Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB), 2012.
Semestral

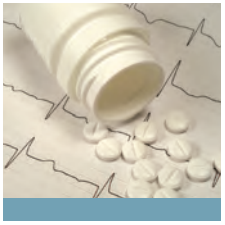
ISSN 2238-0477

1. Direito. 2. Saúde. CDU - 342.7

SUMÁRIO



PÁG.6
O Elo da Morte no Processo Vital: O Biodireito e a Bioética "em Defesa da Vida"
Maria da Glória Colucci



PÁG.21
Saúde: um direito fundamental social individual
Fernando Borges Mânica



PÁG.35
Responsabilidade civil subjetiva pelas infecções hospitalares
Rubens Carmo Elias Filho e Felipe dos Santos Lopes



PÁG.52
A responsabilidade civil dos hospitais pelo "erro" do médico na visão do Superior Tribunal de Justiça
Josenir Teixeira



PÁG.88
Direitos da pessoa com deficiência física: fundamentos para a acessibilidade (aos seus direitos) à luz da interlocução entre Saúde e Direito
Gabriel Schulman



PÁG.108
A Gestão da Saúde Pública no Município "Q"
Fernando Borges Mânica

SUMÁRIO

PÁG.131 - **Decreto n. 7.508, de 28 de Junho de 2011**
Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA - Acórdãos na íntegra

PÁG.144 - **Supremo Tribunal Federal (I)**
Contribuição destinada ao custeio de serviços de saúde. Competência exclusiva da União

PÁG.147 - **Supremo Tribunal Federal (II)**
Erro médico. Responsabilidade objetiva do Estado. Dever de indenizar

PÁG.151 - **Superior Tribunal de Justiça (I)**
Responsabilidade civil do Estado. Nexo causal entre a negligência do nosocômio e de seus profissionais

PÁG.157 - **Superior Tribunal de Justiça (II)**
Responsabilidade solidária do hospital por erro de médico contratado

PÁG.172 - **Superior Tribunal de Justiça (III)**
Responsabilidade solidária entre o médico e o plano de saúde contratado pelo paciente

PÁG.178 - **Superior Tribunal de Justiça (IV)**
Indenização por equívoco de hospital no exame do pezinho

PÁG.183 - **Superior Tribunal de Justiça (V)**
Responsabilidade civil por resultando de HIV falso positivo

PÁG.189 - **Superior Tribunal de Justiça (VI)**
Fiscalização dos recursos do Ministério da Saúde repassados ao custeio da estratégia da Saúde da Família

PÁG.263 - **INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES**

PÁG.265 - **NORMAS DE PADRONIZAÇÃO PARA ENVIO DE ARTIGOS**

APRESENTAÇÃO

A Revista Brasileira de Direito da Saúde – RBDS é uma iniciativa da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas – CMB que tem por objetivo promover, sob a perspectiva jurídica, a discussão de temas relacionados à prestação de serviços na área da Saúde, ampliar a divulgação do entendimento dos Tribunais sobre o tema e mobilizar a sociedade em torno de questões que afetam diretamente o direito fundamental à Saúde.

A publicação nasce com um Conselho Editorial de peso, formado por nomes ilustres do Direito Brasileiro, o que reafirma a importância deste projeto. A aposta da Confederação em um produto técnico-científico resulta de anos de acompanhamento do segmento, durante os quais se constatou uma lacuna no cenário nacional quanto à publicação de artigos de Direito específicos em temas da Saúde.

Os artigos publicados nesta primeira edição traçam um panorama sobre as questões que permeiam a rotina dos profissionais da área da Saúde, iniciando com uma reflexão sobre o direito de morrer, código de ética médica, distanásia e ortonásia. Os artigos seguem com uma abordagem sobre o direito à Saúde e da pessoa com deficiência física e também discorrem sobre a responsabilidade das entidades quanto às infecções hospitalares, as decisões do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de "erro médico" e a individualização das responsabilidades dos médicos e dos hospitais. A publicação traz também a íntegra do Decreto sobre a organização do Sistema Único de Saúde e as jurisprudências dos casos apresentados pelos artigos.

Registramos aqui a dedicação do coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito da Saúde, dr. Fernando Borges Mânica, e o apoio recebido dos assessores jurídicos das Federações em cada Estado para que o projeto ganhasse forma e conteúdo. Estendemos também nossos agradecimentos a todos os articulistas que participaram desta primeira edição da Revista Brasileira de Direito da Saúde abordando de forma clara e eficiente assuntos relevantes para o setor.

Esperamos com esse trabalho contribuir para o debate democrático e a construção de um Direito atento às constantes transformações da Saúde neste país.

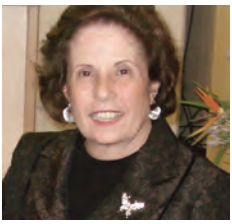
José Reinaldo Nogueira de Oliveira Junior
Presidente da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas - CMB

Maçazumi Furtado Niwa
Diretor Jurídico das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas - CMB, coordenador Executivo da Revista Brasileira de Direito da Saúde



O ELO DA MORTE NO PROCESSO VITAL: O BIODIREITO E A BIOÉTICA "EM DEFESA DA VIDA"

MARIA DA GLÓRIA COLUCCI



Mestre em Direito Público pela UFPR – Universidade Federal do Paraná • Especialista em Filosofia do Direito pela PUCPR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná • Professora titular de Teoria Geral do Direito do UNICURITIBA • Professora Emérita do Centro Universitário Curitiba, conforme título conferido pela Instituição em 21/04/2010 • Orientadora do Grupo de Pesquisas em Biodireito e Bioética – JUS VITAE, do UNICURITIBA, desde 2001 • Professora adjunta IV, aposentada, da UFPR • Membro da Sociedade Brasileira de Bioética – Brasília • Membro do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito • Membro do IAP – Instituto dos Advogados do Paraná.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Processo Vital: a Morte. 3. Dignidade da Vida: Distanásia. Ortotanásia. Testamento vital. 4. Biodireito e Bioética: morte e luto. 5. Conclusão.

RESUMO: Refletindo-se sobre a morte à luz da percepção pós-moderna, verifica-se que se dá à luta contra as doenças uma conotação de "duelo", em que não se pode aceitar a possibilidade de fracasso, mesmo que os avanços da medicina também tenham se esgotado. Nesta vereda, a morte é tratada como arqui-inimiga, cruel opositora do homem, mesmo que em avançada idade, não lhe sendo respeitado o "direito de morrer", ainda que a morte seja o inevitável fim de todos os seres vivos. Quando o Código de Ética Médica (Res. CFM n°. 1931/2009) admite a suspensão de procedimentos e/ou tratamentos que prolonguem artificialmente a vida de doentes terminais e incuráveis, não promove a eutanásia (antecipação da morte), nem a distanásia (adiamento ou postergação da morte), mas propicia o alívio dos sintomas que levam ao intenso sofrimento do paciente, mediante sedação, com o objetivo de permitir a morte natural sem dor (ortotanásia). De sorte que à morte se aplicam, também, os conceitos de dignidade, respeito, honra, consideração à pessoa e, não apenas, à vida.

PALAVRAS-CHAVE: Distanásia. Ortotanásia. Eutanásia. Código de Ética Médica.

1. INTRODUÇÃO

A aceitação da morte como elo final da vida – rompido para alguns ainda nos primeiros momentos da existência, para outros após longos anos de sofrida e prolongada enfermidade, ou mesmo em pleno vigor da velhice – causa, na tradição ocidental, temor e repúdio, como se não fosse previsível e irreversível a chegada da morte ao término do processo vital.

Uma nuvem sombria envolve a transição vida/morte, sobretudo do paciente terminal, pela dolorosa sensação de fim iminente, próximo, que o sofrimento do doente agonizante transmite à família e aos círculos mais íntimos de sua humana vivência; e ao próprio enfermo, se ainda consciente da gravidade de seu estado.

Indaga-se: à equipe médica e aos profissionais da saúde resta, apenas, empregar todos os esforços para salvar a vida do moribundo, valendo-se, em situações extremas, do que se denomina "obstinação terapêutica", intensificando as técnicas, substituindo a "qualidade e a dignidade" da vida pela mera "quantidade"? Sempre se torna viável e legítima a manutenção do "suporte

avançado de vida" (ACLS) em situações de doentes em "estado vegetativo persistente", devendo-se, se existir, levar em consideração o "testamento vital" (*living will*), como base para a decisão médica? Como o Biodireito e a Bioética têm angulado a questão?

A suscetibilidade de ser ferido, atingido, agredido, molestado, etc., é inerente à pessoa humana, desde a gestação, acompanhando-a por toda a vida, acentuando-se na velhice e atingindo o clímax com o sofrimento derradeiro – a morte; como se pretende analisar no texto, enfrentando o dilema médico da sobrevida nas fronteiras da vida com a morte, o luto e a abreviação do sofrimento desnecessário.

2. O PROCESSO VITAL: A MORTE

O sentido filosófico de vida comporta uma diversidade de prismas, nem sempre questionados nos textos jurídicos, uma vez que o foco neles predominante é representado pelos limites da tutela legal da vida biológica, sem que haja invasão da intimidade e da autonomia da pessoa.

A qualidade de vida, também, por outro lado, aparece frequentemente referendada, em inúmeras análises, mais voltada para as relações socioeconômicas ou mesmo para os reflexos ambientais sobre a saúde das pessoas (art. 225 da Constituição Brasileira de 1988).

No entanto, quando a abordagem centraliza-se no direito de morrer, em contraponto ao direito de viver, recrudescem-se os antagonismos e os ânimos ficam exaltados, diante da necessidade de posicionamento favorável ou contrário à liberação de práticas extintivas da vida em pacientes terminais ou em fetos anencefálicos.

Em paralelo ao direito de morrer transcorrem debates em prol de um pretendido direito de matar, confrontando-se opiniões diversas, em benefício da "obstinação terapêutica" (ou distanásia) ou em favorecimento da ortotanásia (cessação de procedimentos médicos protelatórios da morte).

Conforme assinala Maria de Fátima Freire de Sá "[...] o direito de matar e de morrer teve, em todas as épocas, defensores extremados".[1]

Legislações antigas, a exemplo da Lei das XII Tábuas (462 a.C.), em particular a Tábua IV – *De Jure patrio*, continham expressa disposição autorizativa da prática da eutanásia de recém-nascidos com deformações consideradas monstruosas: "[...] que o filho nascido monstruoso seja morto imediatamente".[2]

Esclarece Jayme de Altavila que os ideais romanos de força, visando a guerra e a vida militar, fundamentavam esta tradição que, com o tempo, foi se

1. SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido.* 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.38.
2. ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos.* Rio de Janeiro: Melhoramentos, 1964, p.69.

aplacando até tornar-se o oposto: "[...] o pátrio poder deve consistir na indulgência e não na crueldade".[3]

Também, a mesma Lei permitia ao *pater familias* flagelar, aprisionar, obrigar a trabalhos rústicos, vender e matar o próprio filho; como uma espécie de juiz doméstico, em razão da autoridade de que era investido; mas Trajano (53-117) admitiu a emancipação do filho tratado desumanamente pelo pai.[4]

Na Índia, também entre os gregos e, posteriormente, nas guerras medievais, aliviava-se o sofrimento dos doentes incuráveis, velhos e moribundos, abreviando-se a sua existência mediante a prática da eutanásia.[5]

A percepção da morte, em diferentes passagens da literatura clássica, aparece como alívio, libertação, sublimação, evolução ou mesmo expressão de coragem, reservada apenas aos fortes ou desprendidos dos bens terrenos. O exemplo de Sócrates (469-399 a.C) é sempre lembrado, quando ao ser condenado à morte, ingerindo o veneno que lhe extinguiria a vida, arrazoava tranquilamente: "[...] Se todo o sentimento cessa e o que há é como um sono, em que nada se vê, nem em sonho, então a morte será um benefício maravilhoso".[6]

Diante de seus algozes, os juízes que o condenavam injustamente, Sócrates defende-se, mas culpa seus detratores por uma condenação desnecessária, porque como diz, "[...] se tivésseis esperado um pouco, as coisas aconteceriam naturalmente. Considerai a idade em que estou, tão avançada na vida, tão próxima da morte".[7] E acrescenta, deixando-os aturdidos diante de sua coragem: "Pelo contrário, se a morte é como uma partida daqui para outro lugar, e é verdade o que se diz, que todos os que morrem se reúnem lá, que bem maior se poderá desejar, ó juízes?".[8]

Seja qual for a motivação das práticas eutanásicas ou extintivas da vida, como o suicídio assistido, a pena de morte ou o aborto, por detrás de sua efetivação ou mesmo cogitação transparecem sentimentos, nem sempre tão nobres quanto possam insinuar os apelos midiáticos.

Refletindo-se sobre a postura diante da morte, à luz da percepção pós-moderna, verifica-se que se dá à luta contra as doenças uma conotação de "duelo", em que não se pode aceitar a possibilidade de fracasso, mesmo que os avanços da medicina tenham se esgotado... Nesta vereda, a morte é tratada como arqui-inimiga, cruel opositora do homem, mesmo que em avançada

---

3. *Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere* (L, 48. t, 9): ALTAVILA, Jayme de. loc. cit.
4. Idem, ibidem.
5. SÁ, Maria de Fátima Freire de. loc. cit.
6. PULQUÉRIO, Manuel de Oliveira. tradutor Eutifron, *Apologia de Sócrates*, Críton. Lisboa: Editorial Verbo, 1972, p.104.
7. Idem, p.101.
8. Idem, p.105.

idade, não lhe sendo respeitado o "direito de morrer", ainda que a morte seja o inevitável fim de todos os seres vivos... À ciência médica – cujas intervenções terapêuticas prolongam a "quantidade" de vida dos pacientes terminais, diminuindo-lhes, frequentemente, a "qualidade" e "dignidade" dos seus últimos momentos – se atribui a impossível missão de mantê-los vivos, artificialmente, por dias, meses e até anos.

As crenças primitivas quanto à vida e à morte contribuíram para que a medicina se mantivesse no obscuro limbo dos mitos e fantasias, até que os primeiros experimentos e teorias de Galeno (130-210 d.C), deram um passo à frente em direção à investigação das causas das enfermidades no mau funcionamento do corpo e seus órgãos e não nos espíritos ou nos desígnios obscuros dos deuses.[9]

Hoje, impõe-se aos médicos, à sua habilidade ou poder de curar, limites e constantes desafios diários, quais sejam: como promover a VIDA sem distorcer seus últimos momentos, sem agredir sua sagrada inviolabilidade, sem comercializar seu prolongamento, respeitando-lhe o que mais absoluto a acompanha – a dignidade?

José Afonso da Silva destaca que o sentido biológico da vida deve ser apreendido, antes de mais nada, como um processo, cujas diferentes etapas se desenvolvem da concepção até o seu término, como a morte:

> Vida, no texto constitucional, não há de ser considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade até que muda de qualidade, deixando então de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.[10]

Como se observa no dia a dia, os ritos de passagem do "processo vital", na linguagem utilizada pelo mestre José Afonso da Silva, não são tranquilos, oferecendo distintas reações e sinais reveladores de sua presença, desde os mais pacíficos até os mais agressivos.

Na idade madura a aproximação da velhice se dá de forma imperceptível para a maioria das pessoas; revelando-se na debilidade física, lentidão dos pas-

9. SAUWEN, Regina Fiuza/ HRYNIEWICZ, Severo. *O direito "in vitro" – da bioética ao biodireito.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000, p.152.

10. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p.428.

sos, maior fragilidade às enfermidades, tolerância e bom senso, assinalando esta importante fase da vida.

Na transição da adolescência para a juventude, a pujança das ideias, a força física, o inesgotável vigor e deslumbre para o novo, somados à rebeldia e aos frequentes atos inconsequentes estão presentes na idade do jovem adulto.

No entanto, uma nuvem sombria envolve a transição vida/morte, representada pela dolorosa sensação de fim iminente, próximo, que o sofrimento do paciente terminal transmite à família e aos círculos mais íntimos de sua vivência; e ao próprio enfermo, se ainda consciente da gravidade de seu estado.

A permanência na UTI, por mais acolhedora que seja, não lhe oferece as condições de conforto e bem-estar que a sua própria moradia, por mais humilde, lhe proporcionou durante a existência. O aparato tecnológico existente em clínicas e hospitais, de médio e alto porte, tem evoluído de forma acelerada no sentido de manter e prolongar a vida do paciente terminal, porém é preciso atentar para o fato de poder transmutar-se em intensa tortura psicológica para os familiares, abalados diante da parafernália tecnicista que preserva a vida do ente querido.

O que se nota é que as condições aflitivas que dão continuidade à vida dos doentes em fase terminal, nem sempre respeitam o preceito constitucional do art.5°, III, que veda qualquer prática que possa configurar tratamento desumano degradante.[11]

A bem da verdade, embora o prolongamento artificial da vida não tenha a finalidade de afligir ou torturar, é prudente lembrar que:

> Séculos e séculos de civilização jurídica deram ao homem o mais absoluto dos direitos: a tutela da personalidade. Séculos e séculos de civilização médica colocam em risco sua inviolabilidade e respectiva não comercialização. Kant, para quem a pessoa nunca é um meio, mas sempre fim, se vivo fosse talvez se perguntasse: O homem é principalmente um ser composto de genes ou de dignidade?[12]

A maioria das pessoas se prepara para a vida, mas apesar da inevitabilidade da morte, são poucos os que se planejam para o fim de suas vidas, admitindo-o como necessário, embora esperado e distante... Os aspectos negativos que cercam a cultura ocidental sobre a morte transparecem em costumes simples, como o próprio fato de não se falar sobre ela, nem se levar crianças a velórios, para que não se "impressionem"...

A decadência dos valores na pós-modernidade se revela em inúmeras cir-

11. BRASIL. Constituição da República Federativa do. 5 de outubro de 1988; art. 5°, III: "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

12. SAUWEN, Regina Fiuza/ HRYNIEWICZ, Severo. Op.cit., p.154.

cunstâncias, dentre as quais não se respeitar a morte e se banalizar os atos violentos que atentam contra a vida, divulgados pela mídia como rotina, em manchetes agressivas e violadoras do direito à intimidade das pessoas.

3. DIGNIDADE DA VIDA: DISTANÁSIA. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.

Os benefícios propiciados pelas novas técnicas na área da saúde lançaram sobre o profissional do Direito uma diversidade de questionamentos, sobretudo em relação ao dever do médico de manter a vida do paciente terminal, mesmo em condições de inconsciência profunda (coma), sem a possibilidade de reversão.

Com acerto Cimon Hendrigo Burmann de Souza indaga:

> "[...] poderia a vida se transformar em dever, no qual o indivíduo, mesmo padecendo de doença terminal, estaria impedido de manifestar livremente sua vontade no sentido de suspender uma terapia inútil e dolorosa?".[13]

O direito à vida, consoante a tradição cristã, deve ser exercido de forma indisponível, tanto pelo seu titular, quanto pelos que o representam ou assistem, conforme se trate de incapacidade absoluta ou relativa (arts. 3º e 4º, do Código Civil).[14]

Devido à limitação ou causa permanente ou transitória, privado do poder de autonomia da vontade, torna-se o paciente terminal cativo das angústias de seus familiares que o querem preservar "vivo", a qualquer custo, mesmo por meios artificiais, vale dizer em condição vegetativa, como espécie de "morto-vivo".

De outro lado, os profissionais da saúde e os planos médicos debatem quanto à viabilidade de preservação da vida em circunstâncias tais que transformam o paciente em um corpo com vida meramente vegetativa, sem consciência e sem dignidade de decisão e, portanto, autonomia.

A manutenção da vida, ou prolongamento do evento "morte", como pretendem alguns, foi regulada pelo novo Código de Ética Médica, deixando à liberdade de investigação e de consciência do médico a decisão sobre a continuidade ou interrupção dos procedimentos protelatórios utilizados como suportes da vida em estágio de terminalidade.[15]

Com respaldo em Guy Durant, ao analisar o significado biológico e pessoal da vida humana, Simone Born de Oliveira considera que a capacidade de

13. SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann. *Eutanásia, distanásia e suicídio assistido. in* Biodireito: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.142.

14. BRASIL. Código Civil: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

15. BRASIL. Código de Ética Médica. Res. CFM n° 1931/2009. Disponível: Portal do Conselho (www.crmpr.org.br).

conscientizar-se e comunicar-se define o plano pessoal, que é indissociável do biológico, aduzindo que, no entanto, há situações em que "[...] O elo entre ambas até poderá não existir, ou ser questionável em casos excepcionais: no feto anencéfalo ou no paciente em coma".[16]

Apesar de consciência e comunicação nem sempre andarem juntas em pacientes terminais, uma vez que, em muitos casos, poderá o doente possuir consciência, mas não conseguir se comunicar, nem mesmo por sinais, acenos, movimentos dos olhos etc., impõe-se respeito à sua autonomia. De sorte que, ainda que precária no momento, dever-se-á verificar se há manifestações de vontade anteriores à terminalidade em que se encontra, a exemplo do denominado "testamento vital" (*living will*), quando o paciente pode ter deixado suas instruções em relação aos últimos momentos de vida (inexistente, formalmente, no Direito brasileiro).[17]

Em decorrência do exposto, surgem alguns dilemas éticos, não só de natureza médica, mas de ordem moral, que causam conflitos no seio da família e da própria atividade médica, tais como: qual o caminho a ser seguido na preservação da dignidade de uma pessoa, em terminalidade de vida: consultar-se-á a vontade da família, deixar-se-á a critério da equipe médica a suspensão dos procedimentos protelatórios de sua morte ou esperar-se-á o transcurso do tempo, aguardando-se a cessação do sofrimento do paciente com a extinção natural de sua vida?

O contexto de contradições e diferentes respostas teóricas ou práticas ainda é obscuro, apesar de em parte ter sido regulado pelo novo Código de Ética Médica (art. 41º, parágrafo único), quando proíbe a eutanásia, ainda que a pedido do paciente (voluntária), embora preveja a ortotanásia, como esclarece Adriana Espíndola Correa:

> Quanto à eutanásia, o Código manteve a proibição da abreviação da vida do paciente, ainda que voluntária. Os médicos, todavia, podem e devem respeitar a decisão do paciente ou de sua família de suspender os tratamentos e procedimentos desnecessários a pacientes terminais e incuráveis (ortotanásia).[18]

Como bem destaca a precitada autora, verifica-se um embate de ordem ética entre a autonomia do paciente, se houver, ou de sua família, no tocante

16. OLIVEIRA, Simone Born de. *Da bioética ao direito:* manipulação genética e dignidade humana. Curitiba: Juruá, 2008, p.53.

17. NUNES, Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. *Revista Bioética*. vol.17, nº1 – 2009. Brasília, Conselho Federal de Medicina, 2009, p.29-39.

18. CORREA, Adriana Espíndola. Os dilemas da autonomia do paciente. Curitiba: *Jornal Gazeta do Povo*, 3 de maio de 2010, p.2.

ao desligamento dos aparelhos e a autonomia do médico, como profissional regido pelas regras de sua atividade e a sua liberdade de consciência diante das circunstâncias de terminalidade.

Raul Cutait faz análise prolongada sob o assunto, afirmando:

> Sob a égide da ética médica, sua missão é cuidar da vida de seus semelhantes, não lhe cabendo cerceá-la, mas entendendo o dilema de que lutar pela vida não significa apenas procurar prolongá-la, mas também tentar oferecer ao paciente, em face de sua doença, uma vida com a melhor qualidade possível. Dessa forma, é o médico que deve coordenar o encaminhamento das decisões que interferem com o fim da vida, devendo, sempre que exequível, compartilhá-las com os pacientes, seus familiares e mesmo com outros colegas.[19]

A "obstinação terapêutica" é tratada no Código de Ética Médica como um espaço de liberdade do profissional que ao tomar suas decisões precisa ser criterioso para evitar futuras acusações de crime de omissão de socorro.[20]

De um modo geral, as diferentes religiões são contrárias à suspensão dos tratamentos ou procedimentos médicos em pacientes terminais, temerosas de que possa representar, em última análise, a decretação de uma espécie de "pena de morte" ao enfermo, mas também condenam a distanásia, visto que oferece um aspecto de rebeldia, insubmissão ou rejeição aos desígnios soberanos da natureza (Deus) sobre a vida humana.[21]

A distanásia e a ortotanásia somente passaram a ocupar o centro das questões referentes à terminalidade da vida nos últimos tempos em razão das inovações na medicina e das técnicas artificiais de prolongamento da vida, a exemplo dos ventiladores mecânicos, máquinas de diálise, de circulação extracorpórea, potentes antibióticos, reanimação cardiopulmonar (*advancead care life support*) etc.

O denominado "suporte avançado de vida" (*advancead care life support)*, representado pelos remédios e aparelhos, também abrange a alimentação do paciente e o combate à dor, que devem ser mantidos até o fim.

Quanto à dignidade da vida é necessário lembrar que os dois vocábulos (dignidade e vida) oferecem distintas significações. Abrange o primeiro as ideias de "respeito, honra, consideração", ao passo que o segundo compreende "a existência de um ser", "fase determinada pela evolução, progresso, funcionamento de um ente no tempo e no espaço" etc.

---

19. CUTAIT, Raul. Os médicos e as fronteiras da vida. São Paulo: *Jornal Folha de São Paulo*, 31 março de 2005, A-4.
20. CAMPOS, Marcio Antonio. Até quando insistir? Curitiba: *Jornal Gazeta do Povo*, 30 de janeiro de 2005, p.8-9.
21. SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade.* São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998, p.24-25.

Tais acepções deixam bem claro que o "processo vital" deve revestir-se de "respeito", da concepção à morte, de sorte que ao seu término procedimentos dilatórios (distanásia) não devem ser efetivados por ferirem a "honra" merecida à vida, nem tampouco deve ser adiantado o seu fim (eutanásia), quer seja por um médico, pelo paciente, amigos ou parentes, mas deve a morte ocorrer no momento exato em que a própria natureza determinar (ortotanásia), sem adiamentos ou adiantamentos.

O grande desafio, no entanto, reside na fiscalização das eventuais permissões para "não reanimar", para deixar o paciente terminal apenas com a alimentação e a sedação.

A existência de um Comitê de Ética, nos hospitais públicos e particulares, com competência para avaliar os casos de desligamentos de aparelhos, é a solução mais sensata.

4. BIODIREITO E BIOÉTICA: MORTE E LUTO

Ao Biodireito e à Bioética são apresentados alentados estudos e calorosas discussões quanto às fronteiras da vida e da morte, a saber a inexorável passagem do processo vital do ser humano para o estágio final de sua existência deixando a matéria viva de que é feito para tornar-se ser imaterial, conforme a tradição e os valores da cristandade.[22]

Apesar das questões que envolvem as regiões fronteiriças da vida e da morte provocarem choques culturais é nos limites da prática médica que se levantam os maiores dilemas, sobretudo quanto ao estabelecimento de critérios (*guidelines*) que ofereçam suportes não só técnicos, mas também éticos, à manutenção da vida mediante utilização de procedimentos "fúteis" ou "protelatórios" adiando a chegada da morte ao paciente terminal (distanásia).

O próprio luto, que acompanha o processo de perda não tem sido respeitado nem praticado como deveria ser, permitindo ao enlutado sarar suas dores, feridas e irreparável separação afetiva do ser amado mediante os rituais conhecidos, uma vez que o sentido materialista que caracteriza a pós-modernidade se opõe a qualquer expressão de pesar que se prolongue por mais de trinta dias.

Os mortos, enterrados ou cremados, são velados apenas nos ambientes que lhes são reservados, de preferência padronizados, em capelas, cemitérios, igrejas etc., uma vez que se considera que um defunto em casa não traz bons augúrios à família, marcando o local com lembranças trágicas.

Em tempos não muito antigos, não só o velório, mas o tratamento do enfermo em fase terminal era feito preferencialmente em casa, com a família.

22. PESSINI, Léo. Distanásia: Até quando investir sem agredir? *Revista Bioética.* vol.4, n°1 – 1996. Brasília. Conselho Federal de Medicina, p.31-43.

Rodeado dos entes queridos e amigos que o consolavam com a presença, demonstrando a família o pesar pela partida próxima de um de seus membros dava-se ao moribundo o calor da vida nos estertores da morte.

Os momentos que antecedem a morte são hoje acompanhados apenas do sofrimento solitário que o moribundo passa, consciente ou não, substituindo lentamente o conforto da família e a discreta presença dos amigos. Um dos marcantes velórios públicos que literalmente tocou a alma nacional pelo sofrimento e perda das esperanças depositadas no paciente, ocorreu quando o presidente eleito Tancredo Neves, acometido de súbita doença, veio a falecer (21/04/1985). Apesar da quebra da expectativa popular em torno de sua futura ação política em prol das liberdades, a morte do ilustre brasileiro Tancredo Neves propiciou um verdadeiro "pranto nacional" que extravasou não só o luto da perda do citado líder, mas dos tempos de ditadura que precederam sua eleição.

Hoje, sofrimento, dor, pranto e rituais do luto são vistos como devassamento da intimidade da família, não devendo ser expostos ao público para não retirar a "máscara" construída pela sociedade para camuflar a realidade cruel da morte.

Além do aspecto social do luto, não se podem esquecer os benefícios individuais aos enlutados que, pelo processo natural da tristeza, do choro e do sentimento de perda irreparável, reconstroem-se para a vida que prossegue, apesar da morte do ente querido.

Como assinala a jornalista Annalice Del Vecchio, em entrevista com Evaristo Eduardo de Miranda:

> Mais do que o luto, a morte é o grande tabu. Ninguém gosta de tocar no assunto. O tema é fevitado nas conversas. Vivemos como se não fôssemos morrer. A morte é apresentada como algo acidental e não natural. [...] Morremos porque somos mortais. Devemos viver bem, mas a consciência da morte instaura o tempo em nossa vida. Sabemos que temos um tempo limitado...[23]

Afastar ou mesmo ignorar os sinais da dor, leva o enlutado a uma armadilha mais grave, à depressão ou mesmo à própria morte pela não superação da perda. É o que se verifica em constantes situações em que um dos cônjuges morre pouco tempo após a morte do outro ou um dos pais com a morte de um filho, etc.

As diferentes religiões (judaísmo, budismo, cristianismo, islamismo etc.) dão à morte significados e rituais diferentes, mas, sem dúvida, voltados para a consolação da família e respeito ao morto.[24]

---

23. DEL VECCHIO, Annalice. "Vivemos como se não fôssemos morrer" (entrevista). Curitiba: *Jornal Gazeta do Povo*, 14 de agosto de 2010, p.3.
24. Site do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo: www.crpsp.org.br

A valoração da vida decorre de um longo processo histórico de mudanças de perspectivas culturais, desprendendo-se de um sentido meramente simbólico de "existir" em um corpo físico, em certo espaço e tempo, para assumir transcendência, indo além das tradicionais expectativas de sobrevivência.

No entanto, paralelamente, foi-se desconstruindo a realidade da morte, depositando-se nas ciências da vida esperanças quase ilimitadas, poderes inexistentes, inaceitabilidade da doença e da morte, gerando, paralelamente, um "comércio da morte", representado pelos procedimentos de reanimação cárdio-pulmonar que, muitas vezes, conduzem o paciente à condição de persistente estado vegetativo, dependendo de alimentação e suporte artificial de vida por tempo indeterminado. Até que ponto isto é digno?

Ao se "acorrentar" ao leito o doente em estágio terminal, além de lhe retirar a dignidade da morte, ou seja, ao direito de morrer, ainda outros aspectos devem ser levados em consideração, como analisou Raul Cutait, diante das notícias sobre Terri Schiavo (31/03/2005), cuja longa agonia levou à solicitação judicial da retirada dos aparelhos que a mantinham viva:

> Como médico, sinto-me realmente incomodado vendo o destino dessa paciente ser ditado por tribunais, e não por seus médicos e familiares. Esse caso traz à baila um tipo de situação cada vez mais frequente, que é a capacidade técnica de manter alguém vivo, mesmo que portador de doença com curta perspectiva de sobrevida ou com lesão cerebral que impeça sua comunicação com o mundo.[25]

Prossegue Raul Cutait repensando as questões referentes às fronteiras da vida, levantando alguns pontos, como os embaraços à clareza dos significados de "incurabilidade ou irreversibilidade da doença", quanto aos casos terminais de câncer, com dor intensa ou lesão cerebral grave, em que o processo decisório deve ser conduzido baseado no bom senso do médico e da família e etc.

Casos emblemáticos que servem à reflexão devem ser lembrados, como o do Papa João Paulo II (2/04/2005), que preferiu passar seus últimos dias em um quarto comum de sua residência oficial, recebendo apenas cuidados paliativos, em vez de ficar hospitalizado.[26] Também, a famosa norte-americana Jaqueline Onassis (19/05/1994), apesar de sua grande fortuna, escolheu morrer em seu apartamento em Nova Iorque, a permanecer internada.[27]

Muitos outros exemplos poderiam ser levantados, mas que se tornam desnecessários em razão da evidência dos fatos.

25. CUTAIT, Raul. loc.cit.
26. Disponível em www.almanaque.folha.uol.com.br
27. Disponível em www.noticias.uol.com.br

5. CONCLUSÃO

Biodireito e Bioética propiciam aproximações em razão dos pontos comuns que os identificam como áreas da Ética aplicadas à defesa da vida, compreendida como um processo existencial.

O Biodireito tutela a vida humana, como bem jurídico inviolável e indisponível, desde a concepção até à morte, em face dos avanços das biociências. Quanto à Bioética, é focada nos princípios e práticas aplicáveis às ciências e técnicas que lidam com a vida, nas várias espécies (humana, animal e vegetal) e estágios (gênese, duração e extinção), visando a sua proteção e dignidade.

Por outro lado, a morte como elo terminal do processo da vida é repudiada, tratada como inaceitável pela sociedade, que espera da medicina que prolongue a vida do paciente.

A medicina – ao manter em "estado vegetativo persistente", valendo-se dos "suportes avançados de vida", nem sempre respeitando a dignidade da pessoa, mas priorizando a "quantidade" de vida em detrimento da "qualidade" que possa ter nos estágios finais da existência – tem gerado questões extremamente polêmicas, não só à Bioética, mas igualmente ao Biodireito, à Teologia e à Filosofia.

A aversão à morte não se limita, na pós-modernidade ao prolongamento da vida, mediante procedimentos desproporcionados de manutenção, em razão das precárias condições do paciente, mas se estende ao luto e ao ocultamento do paciente e da dor dos familiares, em nome da privacidade.

Indaga-se sobre a autonomia do paciente sobre a terminalidade de sua própria vida e sobre o reconhecimento social e jurídico de que lhe deve ser facultado estipular em disposição de última vontade (testamento vital). Como proceder em relação à suspensão (*with draw*) de tratamentos clínicos e/ou cirúrgicos ou mesmo a sua abstenção (*with hold*)? Embora poucas sejam as diferenças existentes entre suspensão e abstenção, pode-se afirmar que no primeiro caso interrompe-se o tratamento já iniciado, ao passo que na segunda hipótese não são sequer iniciados. A decisão médica, em ambos os casos, é de extrema e delicada natureza, mas deve ser fundada não só em aspectos técnicos (*guidelines*), mas em aspectos éticos.

As diretrizes técnicas (*guidelines*) não são suficientes para superar os obstáculos enfrentados pelos profissionais médicos, suscitando inúmeros debates judiciais, a exemplo do recente texto do Código de Ética Médica, que entrou em vigor em 13 de abril de 2010 e, anteriormente, a Resolução do CFM, de 9/11/2006, quando admite que o médico, respeitando sua consciência, interrompa os procedimentos protelatórios da morte do paciente, ouvindo os familiares, outros profissionais e o enfermo, quando possível.

Outros aspectos podem ser questionados quanto à manifestação de vontade do próprio paciente, se puder fazê-lo, e aos insistentes pedidos levados aos

órgãos do Poder Judiciário, a exemplo de Terri Shiavo, que requereu à Suprema Corte dos Estados Unidos, por intermédio de seu marido, o desligamento de aparelhos que a mantinham viva em estado vegetativo persistente há 15 (quinze) anos, morrendo após lenta agonia pouco tempo depois.

Também, na Inglaterra, Diane Pretty comoveu a opinião pública com o pedido de autorização dirigido à Corte de Direitos Humanos da Europa, em 2002, para cometer eutanásia, com ajuda de seu marido (suicídio assistido), o que não lhe foi concedido, morrendo alguns dias após.

No mesmo sentido é a comovente história de vida de Ramón Sampedro que viveu cerca de 28 (vinte e oito) anos tetraplégico de um mergulho no raso, quando ainda jovem, movendo longa batalha judicial pelo direito à eutanásia, morrendo mediante a participação de 10 (dez) pessoas, cada uma contribuindo com pequena parcela para a consumação de sua morte (em 1998).

Muitos exemplos podem ser oferecidos, seguindo o mesmo rumo, uma vez que nos países onde a prática da eutanásia é considerada crime, como no Brasil, as batalhas judiciais servem mais para formar opinião pública do que para a obtenção de decisões favoráveis.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. Rio de Janeiro: Melhoramentos, 1964.

CAMPOS, Marcio Antonio. Até quando insistir? Curitiba: *Jornal Gazeta do Povo*, 30 de janeiro de 2005.

CORREA, Adriana Espíndola. Os dilemas da autonomia do paciente. Curitiba: *Jornal Gazeta do Povo*, 3 de maio de 2010.

CUTAIT, Raul. Os médicos e as fronteiras da vida. São Paulo: *Jornal Folha de São Paulo*, 31 março de 2005, A-4.

DEL VECCHIO, Annalice. "Vivemos como se não fôssemos morrer" (entrevista). Curitiba: *Jornal Gazeta do Povo*, 14 de agosto de 2010.

NUNES, Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. *Revista Bioética*. vol.17, n°1 – 2009. Brasília, Conselho Federal de Medicina, 2009.

OLIVEIRA, Simone Born de. *Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2008.

PESSINI, Léo. Distanásia: Até quando investir sem agredir? *Revista Bioética*. vol. 4, n°1 – 1996. Brasília. Conselho Federal de Medicina.

PULQUÉRIO, Manuel de Oliveira. tradutor Eutifron, *Apologia de Sócrates, Críton*. Lisboa: Editorial Verbo, 1972.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido.* 2ª ed. Belo

Horizonte: Del Rey, 2005.

SAUWEN, Regina Fiuza/ HRYNIEWICZ, Severo. *O direito "in vitro" – da bioética ao biodireito.* 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade.* São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann. *Eutanásia, distanásia e suicídio assistido. in Biodireito*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002.



SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL INDIVIDUAL

FERNANDO BORGES MÂNICA



Doutor em Direito do Estado pela USP – Universidade de São Paulo • Mestre em Direito pela UFPR – Universidade Federal do Paraná • Professor da Universidade Positivo (UP) e da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP) • Coordenador de Ensino do Instituto ADVCOM • Líder do Grupo de Pesquisa Liberdades Públicas e Direitos Econômicos da UP • Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Terceiro Setor e Responsabilidade Social (NEPETS) da UTP • Procurador do Estado e Advogado • www.fernandomanica.com.br

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Teoria dos Direitos Fundamentais. 3. Conteúdo do Direito à Saúde. 4. Judicialização no Setor de Saúde. 5. Efetividade do Direito à Saúde. 6. Conclusão.

RESUMO: Um dos maiores desafios das sociedades contemporâneas é efetivar textos constitucionais que consagram direitos a prestações. Esse é o caso do direito à saúde, que depende para sua concretização de serviços públicos prestados de modo específico a todos que dele necessitem. Um direito fundamental de caráter tipicamente social, que apenas pode ser materializado por meio de ações individuais. Interposição legislativa, atuação administrativa e controle legislativo são fatores imprescindíveis para que o direito à saúde seja garantido a todos, em igualdade de condições.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde. Direitos Fundamentais Sociais. Judicialização. Estado Prestacional. Concretização do Direito à Saúde.

1. INTRODUÇÃO

Tratar da saúde traz uma série de desafios em relação aos quais o conhecimento científico tem se debatido no decorrer dos séculos. De natureza instintiva, a manutenção da vida tem sido objeto de preocupações humanas desde as mais antigas civilizações.[1]

No século XX, ao passo em que houve a consagração do direito à saúde em tratados internacionais e em Constituições de diversos Estados, ocorreu importante avanço tanto no conhecimento científico quanto no custo da assistência à saúde. É que, ao contrário do que normalmente ocorre em outros setores, na saúde o avanço tecnológico não implica redução de custos.[2] Isso

1. ROSEN, George. *A History of Public Health*. Baltimore: Johns Hopkins University, 1993. p.1-25. A saúde é hoje entendida como um estado dinâmico do organismo humano que resulta da interação momentânea de fatores internos e externos. Não se trata de mera ausência de doença, mas da completa condição de bem-estar físico, mental e social. Esse é o conceito adotado em 26 de julho de 1946 pela Constituição da Organização Mundial da Saúde. Há, pois, um amplo espaço que vai desde a doença até o estado de saúde, o qual varia conforme o padrão genético e comportamental, aliado à condição econômica, social, ambiental e tecnológica em que determinada pessoa encontra-se inserida.

2. Não por outro motivo, Ronald Dworkin, em estudo sobre o tema, concluiu que a alta dos preços na medicina não decorre do encarecimento da medicina tradicional, mas do surgimento de novos tratamentos médicos (DWORKIN, Ronald. A justiça e o alto custo da saúde. In: _____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.433).

se explica, em grande parte, pela própria fluidez do conceito de saúde hoje adotado, o qual, para alguns, refere-se muito mais a um objetivo a ser constantemente buscado do que a uma condição cartesianamente definida.[3]

Consequência disso é a dificuldade encontrada hoje pelos Estados em disciplinar os mecanismos de sua atuação com o objetivo de garantir a saúde das pessoas. Tal dificuldade passa, por óbvio, pela premissa de se definir a própria extensão do *direito à saúde*. Nesse contexto, o discurso do *direito à saúde* nos dias de hoje não pode ser mantido exclusivamente no plano da abstração, pois é no plano da atuação concreta, regulada pelo Direito Administrativo, que a questão torna-se especialmente complexa.[4]

De acordo com a Constituição brasileira de 1988, é dever do Estado proporcionar o acesso a ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde configura a todas as pessoas. O texto constitucional dedicou à disciplina da saúde toda uma seção e organizou a atividade estatal para sua concretização com base nos princípios da universalidade e igualdade de acesso, integralidade de atendimento, descentralização administrativa, complementaridade da prestação privada e participação da comunidade.

Essa construção constitucional erigida no Texto de 1988 constituiu o ponto de partida para uma virada hermenêutica que, com peculiaridades próprias, acompanhou o caminho recentemente percorrido pela teoria dos direitos fundamentais.

Nesse transcurso, como cediço, o entendimento positivista-legalista, segundo o qual o direito é a regra posta pelo legislador, cedeu espaço para uma teoria jurídica em que as novas funções estatais constitucionalmente previstas passaram a também ser reconhecidas como verdadeiras normas jurídicas aptas a provocar efeitos concretos. Inegável, assim, reconhecer sensível evolução doutrinária, jurisprudencial e administrativa acerca do Direito à saúde desde sua consagração expressa na Constituição de 1988.

---

3. Como se referiu Moacyr Scliar, o conceito atual de saúde aproxima-se do conceito subjetivo de felicidade e configura antes uma *imagem-horizonte* do que um *alvo concreto* (SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social:* trajetória da saúde pública. 2ª ed. São Paulo: Senac, 2005. p.94).

4. Por isso a crítica de autores como Gomes Canotilho ao *discurso constitucionalista*: "A teoria da constituição revela dificuldades em compreender as lógicas da materialização do direito. Continua a considerar o direito constitucional como 'lugar do supra discurso social' a partir de uma concepção unilateralmente racionalizada e piramidal da ordem jurídica. Isso justifica a opacidade que alguns autores atribuem a este direito: 'alheia-se' da mudança e da inovação jurídicas, desconhece a 'localização de materialização' em áreas periféricas do ordenamento ou em ordenamentos periféricos." (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.]. p.1350). O mesmo autor adota a expressão de origem inglesa '*fuzzysmo*' ou '*metodologia fuzzy*' para se referir aos juristas "*que não sabem do que estão a falar*" quando tratam de temas complexos como os dos direitos sociais, no qual se insere o direito à saúde (CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia "Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais.* Coimbra: Coimbra, 2004. p.100).

2. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A vinculação do legislador à implementação de políticas públicas garantidoras de *direitos fundamentais sociais,* e o direito das pessoas obterem do Estado *prestações necessárias* garanti-los, apenas recentemente transformou-se em objeto de debate doutrinário e jurisprudencial.

Importante contribuição nesse processo teve o pensamento de Ronald Dworkin e o de Robert Alexy, em especial quanto ao entendimento de que todos direitos fundamentais constituem princípios aptos a produzir efeitos de maneira imediata, mesmo na ausência de interposição legislativa específica.[5]

Além disso, há que se citar a conhecida influência da doutrina constitucional portuguesa, marcada especialmente pela obra de Gomes Canotilho, publicada originalmente em 1982, intitulada *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.* Em tal obra, o autor referido defendeu a força normativa das normas de conteúdo programático constantes da então recém-promulgada Constituição portuguesa de 1976,[6] que se aproxima da Constituição brasileira, com um detalhado caráter programático. Nesse contexto, com o advento da Constituição de 1988, grande parte da doutrina brasileira passou a defender a *constitucionalização do direito*,[7] com a *vinculação* do intérprete, do aplicador, do julgador e do legislador às regras e *aos princípios* constantes da Constituição.

É importante ressaltar que Gomes Canotilho, no prefácio da segunda edição

---

5. Sobre o tema: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (a edição original data de 1977); e ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Trad. Carlos B. Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 (a edição original é de 1986).

6. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador:* contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001 (a primeira edição, como assinalado, é de 1982).

7. O que conduziu a uma evidente atenuação na dicotomia entre os dois grandes ramos do Direito, tradicionalmente conhecidos como direito público e direito privado. Desde que houve a *constitucionalização do direito*, o que ocorreu no Brasil após 1988, existe o *direito* e o *regime jurídico* de cada atividade. Se mais ou menos privado, mais ou menos público, com maior ou menor autonomia e controle de órgãos fiscalizadores, só o caso concreto é capaz de dizer. De qualquer forma, quando o fizer, fá-lo-á em termos específicos e não por meio de abstrações, que se tornam insuficientes e inúteis em termos analíticos e normativos. Na síntese de Almiro Couto e Silva: "Se, no século passado, a expressão sistema jurídico era quase sinônima de sistema de direito privado, desempenhando a ideia de codificação e de código um papel central e dominante, hoje é inquestionável que a noção que se possa ter de sistema jurídico, qualquer que seja ela (...) passa a ser conformada pela Constituição, com toda a sua constelação ou ordem de valores que abriga. Consequentemente, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, de forma mais ou menos intensa, é informado, vivificado, oxigenado e animado pelos preceitos maiores, pelos princípios e regras estampados na Constituição (...)." (SILVA, Almiro Couto e. *Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas.* In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba:* direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p.108).

de sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador,* em 2001, consignou sua parcial mudança de opinião em relação às ideias constantes da obra original. Em linhas gerais, o que sustentou o autor foi um deslocamento da Constituição como agente central na condução e concretização das tarefas assumidas pelo Estado; com isso, deixou de assumir um modelo estatizante único para oferecer a possibilidade de novos modelos de autodirecionamento social. Isso consta expressamente nas páginas X e XIII da obra em referência.

Além disso, Canotilho criticou a hipertrofia de imposições estatais decorrentes de momentos históricos de ruptura, com alta carga ideológica, bem como a consagração constitucional específica de tarefas como, em seu exemplo, a gratuidade de todos os graus de ensino (previsto no Texto Constitucional português de 1976). Sustentou o autor lusitano expressamente que: "Uma Constituição deve estabelecer os fundamentos adequados a uma teoria da justiça, definindo as estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares" e concluiu: "(...) dir-se-ia que a Constituição Dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias".[8]

Tal ordem de observações demonstra a tendência teórica voltada ao reconhecimento de que o modelo estatizante único não deve prevalecer; e que a Constituição, ao invés de cristalizar soluções peremptórias, deve oferecer à Administração Pública a opção pela melhor solução, de acordo com a realidade, a técnica, as condições sociais e econômicas de cada momento, para concretizar os direitos constitucionalmente estabelecidos. Com isso, não se nega a normatividade e tampouco a importância dos direitos fundamentais, pelo contrário. Exige-se que tais direitos sejam garantidos ao longo do tempo por meio das medidas materiais mais adequadas ao contexto social e econômico de cada época.

3. CONTEÚDO DO DIREITO À SAÚDE

Não se deve entender o direito à saúde como um *direito a ser saudável*, mas como

8. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.* 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001. fls. XXI-XXIX. As afirmações de Canotilho geraram discussões em solo brasileiro, de modo que foi organizado um encontro virtual com o próprio Canotilho, ao fim de esclarecer alguns pontos de sua mudança de posição. O resultado da conversa foi publicado em obra na qual, ao responder questão formulada por Marçal Justen Filho, Gomes Canotilho fez referência ao serviço nacional de saúde português, aceitando as ideias à época defendidas em Portugal de participação privada na prestação dos serviços, desde que garantidos os direitos à saúde previstos na Constituição: «(...) posso estar aberto a outros modos de concretização e legalização do dirigismo constitucional, mas não estou aberto, de forma alguma, à liquidação destas dimensões existenciais que estão subjacentes à directividade constitucional» (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.40 e 41).

o direito de *proteção à saúde*,[9] que envolve:

> (i) o direito individual de não sofrer violação por parte de terceiros (direito de defesa), e
> (ii) o direito social de obter ações e serviços voltados à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde (direito a prestação em sentido estrito). Nessa segunda hipótese, como se percebe, *respeitar o direito à saúde* implica *realizar o direito à saúde*, dentre outras atividades, por meio da prestação de serviços públicos.

É importante notar, também, que no ordenamento pátrio, o direito fundamental à saúde encontra-se disciplinado tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional, de modo que se pode qualificá-lo tanto como um *direito fundamental originário* quanto como um direito *fundamental derivado*.

Direitos fundamentais originários podem ser entendidos como direitos previstos na Constituição e aptos a produzir efeitos independentemente de interposição legislativa, enquanto os de *direitos fundamentais derivados* configuram hipóteses em relação às quais houve interposição legislativa que regulamentou seu exercício.[10]

No Brasil, o direito à saúde, além do tratamento extensivo que lhe é dado pelos artigos 196 a 200 do texto constitucional, encontra-se disciplinado por lei, em especial pela Lei n.º 8.080/90 – *Lei Orgânica da Saúde*, que *dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde* e *a organização e o funcionamento dos serviços* respectivos. Nessa perspectiva, o direito à saúde, no ordenamento pátrio, deve ser compreendido tanto em sua fundamentalidade originária quanto derivada, pois, apesar de disciplinado em nível infraconstitucional, eventuais omissões, contradições, obscuridades e excessos legislativos devem dar margem à aplicação direta da normatização constitucional.

Note-se que, enquanto direito fundamental originário, o direito à saúde implica o dever estatal de atuar de modo a criar, na maior medida possível, os serviços de saúde voltados à sua promoção, proteção e recuperação. Considerando a existência de regulamentação infraconstitucional sobre o tema, a não prestação de determinados serviços voltados à garantia do direito à saúde – *em que pese não haver sua definição específica em sede constitucional* – deve ser entendida como uma restrição

---

9. LOUREIRO, João Carlos S. G. Direito à (proteção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge. *Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano.* Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. v.1. p.674. Daí a possibilidade de delimitação técnica do direito em referência como direito à prevenção de doenças, direito à proteção, direito à promoção e direito à recuperação da saúde.

10. Sobre o tema, conferir: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1987. p.300-311; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.276 e segs.

ao respectivo direito, que apenas se legitima por meio de uma justificativa de base constitucional.

Portanto, tanto o direito à prevenção de doenças quanto o direito à promoção, proteção e recuperação da saúde são compreendidos como posições jus-fundamentais qualificadas como direitos subjetivos passíveis de tutela jurisdicional. Reconhecida sua densidade normativa, caracterizada pela possibilidade de produzir diretamente efeitos concretos, sua aplicação deve passar pelo processo de ponderação em face de outros princípios eventualmente incidentes na hipótese.[11] Isso representa a necessidade de análise de cada caso, além de possibilitar uma interpretação e uma aplicação menos mecânica do direito, menos previsível e mais justa. Não se discute, pois, a existência do dever estatal de criar, por meio do processo democrático, estruturas e condições aptas, adequadas e viáveis à prestação dos serviços voltados à proteção, promoção e recuperação da saúde das pessoas que deles necessitarem.

Assim sendo, a busca pela produção de efeitos diretamente decorrentes da Constituição em grau mais amplo do que previsto na disciplina legal regulamentadora é plenamente possível, mas deve ser admitida nos casos em que se

11. Adota-se o entendimento de Robert Alexy, para quem a ponderação envolve a análise da dimensão do peso e da importância dos princípios envolvidos, a que o autor denomina *lei de colisão* (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos B. Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p.70-71 e 91-92). Entende-se, também, com esteio em Luís Virgílio Afonso da SILVA, que do resultado do processo de *ponderação ou sopesamento* é que se chegará ao que a doutrina costuma denominar *mínimo existencial* ou *núcleo essencial* dos direitos fundamentais. Dessa forma, não se sustenta a existência de *limites imanentes* aos direitos fundamentais, pois tais limites, que conformam seu *conteúdo essencial* ou *mínimo existencial*, apenas podem ser apreendidos no caso concreto e após a ponderação com outros princípios eventualmente colidentes na hipótese. Ressalte-se, ainda, que, quando determinado direito fundamental já foi objeto de regulamentação legal, a constitucionalidade de tal ato legislativo deve passar pela *regra da proporcionalidade* em face do direito fundamental em questão, submetendo-se, portanto, aos critérios da *adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito*, que para o autor, na esteira de Robert Alexy, corresponde à ponderação. Sobre o tema: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.* 2005. Tese (Professor Titular) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p.215-240 e 269-273. Nessa perspectiva, insta ressaltar a posição de Ricardo Lobo Torres, para quem apenas o mínimo existencial dos direitos sociais pode ser entendido como direito fundamental. Não obstante, o autor afirma que a distinção entre o mínimo existencial (direito fundamental) e os direitos sociais (não-fundamentais) configura um dos problemas mais difíceis da época atual e que a extensão do mínimo existencial e dos direitos sociais depende da respectiva ponderação diante dos casos concretos. Desse modo, pode-se verificar que, em última análise, o resultado a que chega a teoria de Ricardo Lobo Torres é o mesmo: a necessidade de ponderação entre os direitos sociais e outros direitos fundamentais para que se chegue à definição do que é o mínimo existencial, que para Lobo Torres constitui a *jusfundamentalidade* dos direitos sociais. Sobre o tema: TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.1-46 (em especial, p.1, 15-16 e 29).

demonstre, pela via judicial, a inconstitucionalidade da regra infraconstitucional (de)limitadora do direito constitucionalmente previsto.

4. JUDICIALIZAÇÃO NO SETOR DE SAÚDE

Tal conformação do ordenamento jurídico da saúde faz com que a interferência do Poder Judiciário – com o objetivo de efetivar o direito à saúde em sua perspectiva prestacional – possa ocorrer em três hipóteses:

> (i) no caso de inércia do Poder Legislativo em regulamentar determinada questão específica ligada ao direito em referência (omissão legislativa);
> (ii) no caso de descumprimento, pela Administração Pública, da legislação que regulamenta o referido direito (omissão administrativa); e
> (iii) no caso em que a regulamentação do direito à saúde (de)limite de modo não constitucionalmente fundamentado o direito originário à saúde (obscuridade, contradição ou excesso, tanto em sede legislativa quanto em sede administrativa).

Em todos os casos é imprescindível a atuação do Poder Judiciário, sendo que, no último deles, a interferência judicial deverá ser realizada com ainda mais cautela do que no caso de simples omissão legislativa ou descumprimento de dever legal, a fim de decidir pela inconstitucionalidade da lei (de) limitadora do direito fundamental à saúde.[12]

Essa ordem de ideias não conduz, entretanto, à *absolutização do direito à saúde*, o que ainda se encontra presente em uma série de decisões judiciais, as quais acabam por desconsiderar, em casos individuais, toda a organização do sistema público de saúde, provocando sua desestabilização e ofensa ao princípio da isonomia.[13]

Não há que se negar a importância do Poder Judiciário como guardião maior da Constituição e dos direitos fundamentais. Não obstante, mormente sob a perspectiva dos direitos derivados, a disciplina infraconstitucional deve ser levada em conta no procedimento de ponderação de bens.[14] Nessa sintonia, a jurispru-

12. Como ressalta Luís Roberto Barroso: "(...) havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção." (BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público,* Belo Horizonte, n.46, p.52, nov./dez. 2007).

13. Sobre o tema, conferir considerações e compilação de julgados em: WERNER, Patrícia U. Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde – o desafio de compreender um direito com duas faces. *Revista de Direito Sanitário,* São Paulo, v.9, n.2, p.92-131, jul./out. 2008.

14. Em decorrência de alguns excessos promovidos pelo Poder Judiciário na concessão direta, imediata e absoluta de medidas voltadas à efetivação, em casos individuais, do direito à saúde, numerosos estudos foram publicados com o objetivo de discutir a questão e oferecer subsídios teóricos a uma interpretação constitucionalmente adequada do referido direito e dos direitos

dência recente do Supremo Tribunal Federal parece compartilhar tal pensamento, ao entender a saúde como direito fundamental a ser efetivado progressivamente, na medida do possível, sendo que seu descumprimento pela Administração Pública – consubstanciado na ausência de prestação dos serviços necessários a sua promoção, proteção e recuperação – deve ter como base a impossibilidade fática ou jurídica devidamente comprovadas.[15]

Mesmo que o direito à saúde possa ser vislumbrado sob a perspectiva de um direito de uma pessoa concreta a receber assistência individualizada e específica, a dimensão social, a repercussão coletiva e a incidência de outros direitos fundamentais na hipótese concreta devem ser levadas em conta. Afinal, não se trata, em última análise, de ponderar o direito à saúde, e mesmo o direito à vida, com princípios como o da legalidade e da separação de poderes; trata-se de ponderar o direito à vida e à saúde de determinadas pessoas em face do direito à vida e à saúde de outras pessoas.

Nesse sentido, se o direito à saúde deve ser compreendido *dentro dos parâme-*

---

sociais em geral. Dentre eles, podem ser citados: ASSIS, Araken de. *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde.* Porto Alerge: Notadez, 2007; LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos.* Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. Tomo VI. p.1525-1542; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e o direito à saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v.42, n.2, abr. 2008.

15. Como ilustração, pode-se colacionar parte da decisão em que o Supremo Tribunal Federal expressou tal posicionamento: "(...) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.o 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29 abr. 2004). Sobre a evolução doutrinária e da jurisprudência dos tribunais superiores acerca da efetividade dos direitos sociais, em especial do direito à saúde – de uma visão meramente programática, passando por sua absolutização e chegando a um ponto de equilíbrio racional – conferir: MÂNICA, Fernando B. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n.18, p.169-186, jul./set. 2007.

tros impostos pela mais atualizada doutrina constitucional,[16] resta evidenciada a vinculação do legislador e do administrador público em efetivar na melhor medida possível os direitos fundamentais,[17] levando em conta, para tanto, as condições econômicas, sociais e tecnológicas do momento histórico presente. Tais critérios devem compor o processo de ponderação de bens levada a cabo pelo Poder Judiciário nos casos levados a sua análise.

5. EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Ao analisar os motivos pelos quais há menor efetividade no Brasil dos direitos sociais, como é o caso da saúde, em relação aos demais direitos prestacionais em sentido amplo, Virgílio Afonso da Silva concluiu que:

> (i) as condições para exercício dos direitos sociais ainda têm de ser criadas;
> (ii) a criação de tais condições é mais cara;
> (iii) o custo para a criação de tais condições é maior porque cada direito social exige uma prestação estatal que é aproveitada apenas na efetivação do próprio direito.[18]

Levando adiante tal raciocínio, tanto os direitos à prestação em sentido amplo quanto os direitos à prestação em sentido estrito implicam atuação estatal voltada exclusivamente à efetivação do referido direito. Veja-se a própria comparação feita por Virgílio Afonso da Silva entre a efetivação do direito à saúde e o direito ao sufrágio: *ambos dependem de uma estrutura voltada exclusivamente a sua satisfação* – seja pela construção de um hospital, seja pela organização e manutenção de uma estrutura responsável pela realização das eleições.[19]

Com essa comparação, pode-se perceber que o problema da falta de efetividade do direito à saúde não consiste no fato de que hospitais servem apenas para prestar serviços de saúde; afinal, urnas eletrônicas também se prestam

16. DALLARI, Sueli Gandolfi. O conceito jurídico de saúde. In: _____. *Os estados brasileiros e o direito à saúde.* São Paulo: Hucitec, 1995. p.33.

17. Nesse sentido deve ser interpretado o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal, que determina a aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Tal preceito aplica-se no processo de interpretação do direito à saúde, como princípio que objetiva *otimizar sua efetividade.*

18. Nas palavras do autor: "(...) a construção e manutenção de hospitais, contratação de médicos, compra de caros materiais hospitalares, organização de programas de combate a epidemias, entre outras coisas, só é aproveitado para a realização de um único direito social, o direito à saúde." (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2005. Tese (Professor Titular) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p.319-320).

19. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.* 2005. Tese (Professor Titular) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p.307.

apenas para proporcionar o exercício do sufrágio. O problema é que os serviços de saúde são prestados de maneira individual a quem deles necessite, e a infraestrutura para a prestação do referido serviço não pode ser compartilhada para sua oferta a todos indistintamente.

Em outras palavras: alguns direitos apenas podem ser garantidos de maneira universal e igualitária. Não se cogita, atualmente, restringir-se o sufrágio ou oferecer urnas eletrônicas apenas para algumas pessoas. A garantia do direito ao sufrágio apenas se realiza quando o exercício do referido direito é igual para todos. O mesmo raciocínio aplica-se, em grande medida, aos serviços públicos que exigem infraestrutura para sua prestação, como é o caso, por exemplo, da energia elétrica e da telefonia. Ainda que seja passível de cobrança de tarifas a serem pagas por usuário individualizado, a qualidade de tais serviços não sofre grande variação decorrente de condições pessoais dos usuários dos serviços, pois o investimento em infraestrutura acaba beneficiando a todos indistintamente (ou, ao menos, a grande parte das pessoas aptas a pagar pelos serviços).

Já o direito à saúde depende de estruturas próprias para sua efetivação, a qual deve ocorrer por meio de prestações individualizadas, exclusivas, e por vezes gratuitas. Em última análise, portanto, a ausência de efetividade do direito à saúde relaciona-se, mais do que qualquer outra condição, à noção econômica de *bem público* e *bem privado*.[20] Em que pese o serviço de saúde seja considerado por muitos como um *bem público*, pois repercute no bem-estar de toda a sociedade, ele tem sido tratado em grande medida como *bem privado*, cuja individualização da oferta gera insuficiência de sua prestação pelo Estado.

Tal compreensão foi acolhida em decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, na qual o Ministro Gilmar Ferreira Mendes fez consignar:

> Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.[21]

---

20. Conceitos clássicos da teoria econômica, o *bem público* pode ser entendido como bem ou serviço cujos benefícios se disseminam por toda a sociedade, enquanto o *bem privado* possui utilidade restrita àquela pessoa que o usufrui.

21. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada n.o 278, Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, decisão proferida em 22 de outubro de 2008.

Assim, considerando ainda que do serviço público e gratuito de saúde dependem pessoas de baixa renda e baixo poder de reivindicação de direitos, a estrutura para sua efetivação acaba por não ser criada. Levando ao limite a linha de raciocínio, percebe-se, também, o motivo pelo qual o sistema público de saúde no Brasil é referência em serviços médicos de alta complexidade e de alto custo (os quais são demandados igualmente por pessoas de variadas classes sociais, inclusive as que possuem planos de saúde que não cobrem tais serviços), enquanto os mais pobres esperam horas na fila para atendimento de baixa complexidade.

6. CONCLUSÃO

Nessa perspectiva deve ser enfrentado o desafio imposto às Constituições contemporâneas: efetivar textos que consagram direitos fundamentais a prestações em atos personalizados que os realizem. Esse é o caso do direito à saúde, que depende de serviços públicos prestados de modo específico e individualizado a todos que dele necessitem. Por isso, é possível compreender o direito à saúde como um *direito fundamental social individual*. A materialização desse direito cabe ao Estado: (i) por meio do Poder Legislativo, que deve regulamentar de modo adequado o direito originário à saúde; (ii) por meio da Administração Pública, que deve cumprir suas atribuições legais e constitucionais; (iii) por meio do Poder Judiciário, que deve, quando provocado, realizar o processo de sopesamento de bens e valores, levando em conta tanto o caráter social e quanto o caráter pessoal do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Trad. Carlos B. Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ASSIS, Araken de. *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde.* Porto Alerge: Notadez, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva:* direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n.46, p.52, nov./dez. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n.142, p.40, abr./jun. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF* n.º 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada* n.º 278, Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, decisão proferida em 22 de outubro de 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador:* contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.]. p.1350).

CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia "Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais.* Coimbra: Coimbra, 2004. p.100).

COUTINHO, Diogo R. *O Diálogo Caricato ente direito e economia.* Valor Online, São Paulo, 01 dez. 2008. Disponível em: <www.valoronline.com.br>. Acesso em: 01 dez. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *O conceito jurídico de saúde*. In: _____. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de estado e políticas de governo:* o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas:* reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A justiça e o alto custo da saúde*. In: _____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOLMES, Stephen; *SUNSTEIN Cass*. T*he Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes.* New York: Norton and Company, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. *A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim:* limites e possibilidades. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. Tomo VI.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 2, n.8, p.137-170, out./dez. 2004.

LOUREIRO, João Carlos S. G. *Direito à (proteção da) saúde*. In: MIRANDA, Jorge. *Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. v.1.

MÂNICA, Fernando B. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na constituição de 1988. A&C *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, v.32, p.121-132, abr./jun.. 2008.

MÂNICA, Fernando B. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a pres-

tações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n.18, p.170, jul./set. 2007.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro.* São Paulo: RT, 2006.

ROSE, Richard. On the Priorities of Government: A developmental Analysis of Public policies. *European Journal of Political Research*, Amsterdam, nº4.

ROSEN, George. *A History of Public Health.* Baltimore: Johns Hopkins University, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública.* 2ª ed. São Paulo: Senac, 2005.

SILVA, Almiro Couto e. *Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas.* In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.* 2005. Tese (Professor Titular) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial.* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e o direito à saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v.42, nº2, abr. 2008.

WERNER, Patrícia U. Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde – o desafio de compreender um direito com duas faces. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.9, nº2, p.92-131, jul./out. 2008.



RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA PELAS INFECÇÕES HOSPITALARES

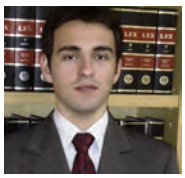
RUBENS CARMO ELIAS FILHO



Advogado • Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie • Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais, pela PUC/SP.

FELIPE DOS SANTOS LOPES

Graduando do Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campus Higienópolis, São Paulo – SP.



SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de Responsabilidade Civil. 2.1 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva. 2.2. Dano 2.2.1 Dano Material e Dano Moral. 2.3. Reparação do Dano. 3. Responsabilidade Hospitalar. 3.1. Evolução Histórica da Relação 3.2. Incidência do Código Civil de 2002 e do Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. 4. Infecção Hospitalar – Obrigação de Meio. 5. Conclusão.

RESUMO: No presente artigo, buscou-se realizar um pequeno estudo interpretativo das relações envolvendo pacientes que, em face de tratamento ambulatorial, acabam por adquirir infecções hospitalares. As interpretações contemporâneas são no sentido de que verificada esta situação, a entidade hospitalar é responsável na esfera civil de modo objetivo. O objeto do presente trabalho é identificar as justificativas para tais interpretações, prosseguindo com o estabelecimento de debate sobre o tema, para ao final poder concluir qual é a juridicidade da questão.

PALAVRAS-CHAVE: Infecção Hospitalar. Obrigação de Meio. Responsabilidade Civil Subjetiva.

1. INTRODUÇÃO

No presente estudo, pretende-se, de maneira bastante simples e sintética, aclarar e estabelecer qual é o entendimento que a doutrina e as cortes brasileiras vêm tendo sobre a responsabilidade civil das entidades que realizam atendimento hospitalar, em virtude de infecções hospitalares, o que se mostra pertinente, pois "*o tratamento médico é, atualmente, alcançado pelos princípios do Código de Defesa do Consumir*". [1]

Assim sendo, este trabalho procura visualizar, sob esta nova ótica, qual a posição doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, bem como analisar se estas estão em conformidade com a lei e os princípios da medicina. Logo, tem como objetivo, identificar quais são as obrigações dos Hospitais e até que ponto esses podem ser obrigados a indenizar pelo dano decorrente da infecção hospitalar.

2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A definição de Responsabilidade Civil sofreu constantes adaptações, de acordo com o momento histórico em que ela é conceituada. Tal mutação é natural aos conceitos jurídicos e não seria diferente, no instituto aqui tratado.

1. SALVO VENOSA, Silvio. *Direito Civil*. 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 128.

Desta forma, cabe aqui, brevemente estipular um conceito, apenas para servir de suporte ao leitor, visto que no decorrer do artigo, será necessário tal conhecimento para situar-se no problema em debate.

Pois bem, diante da necessidade conceitual, transcreve-se abaixo o conceito conferido por Maria Helena Diniz[2]:

> *"*a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal*"*.

São precisas também as lições de Álvaro Villaça Azevedo[3]:

> "(...), entendemos que responsabilidade civil é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposa, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou, ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem."

Uma vez definido o gênero, cabe mencionar que a responsabilidade civil comporta diversas espécies, tendo cada uma suas particularidades: a responsabilidade contratual, extracontratual, objetiva e subjetiva. No presente estudo, mister se faz o conhecimento da responsabilidade objetiva, pois esta é a espécie normalmente aplicada quando se trata de responsabilidade hospitalar.

2.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Antes de entrar no mérito da Responsabilidade Objetiva, impõe-se novamente a sua conceituação e diferenciá-la da responsabilidade subjetiva. Pois bem, em relação à responsabilidade subjetiva, é possível definir que se trata de responsabilização mediante a qual é necessário que, no caso concreto o sujeito que deu causa ao dano tenha agido com culpa. Assim, é uma responsabilidade fundada na culpa ou dolo do agente, seja na sua ação como em sua omissão, em que ocorra lesão a um terceiro[4].

Entretanto, em relação à responsabilização dos Hospitais, o cerne da questão está na responsabilidade objetiva.

Esta é entendida pela doutrina como a responsabilidade pelo risco, ou seja, leva em consideração os riscos que o agente assume ao desenvolver uma atividade. É a responsabilidade civil moderna, na qual o ponto principal é a

2. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, 7º vol. p. 40
3. AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Teoria Geral das Obrigações*, p. 277.
4. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, 7º vol, p. 132.

potencialidade de causar danos, pois a partir do momento em que o indivíduo se sujeita a praticar um ato ao mesmo tempo está se responsabilizando por danos decorrentes de tal atividade, independentemente de ter agido culposamente. A teoria do risco foi introduzida ao direito pelo Código Civil Italiano de 1942 (art. 2050).[5]

Fica evidente, à luz dessa nova categoria de responsabilidade, que a responsabilidade civil sofreu uma grande evolução ao longo da história, deixando de ser o sujeito o ponto central da responsabilidade (subjetiva) para passar a ser o dano (objetiva).

Diante destas colocações, pode-se afirmar que a responsabilidade objetiva é instituto por meio do qual, o agente, no caso de causar dano, deverá responder e repará-lo independentemente de ter agido com culpa, pois o dever de indenizar não está ligado a sua culpa, mais sim, aos riscos que assumiu ao desenvolver uma atividade, que pode vir a causar danos. Desta forma, se no desenvolvimento da atividade que comporta riscos, ocorrer um dano que tenha causalidade com ação realizada, tem-se que o agente, mesmo que agindo com a maior prudência e respeito às normas técnicas, será responsabilizado pelo dano, pois, repita-se, o simples fato de realizar a atividade lhe responsabiliza pelos danos que possam surgir desta[6].

Em suma, a responsabilidade pelo risco deriva da ocorrência, objetivamente, de algum dos fatos previstos em lei para que se materialize, responsabilizando aquele que, em decorrência de sua atividade, ensejou o dano.

Porém, nas palavras de Silvio Venosa[7]: "a teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o novo aspecto enfocado pelo Código Civil de 2002".

De fato, ambas as teorias coexistem, observadas as relações jurídicas existentes, devendo a lei prescrever a teoria aplicável, conforme artigo 927, do CC/02:

> "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano,

5. SALVO VENOSA, Silvio. *Direito Civil*. 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 9.

6. No que difere do direito italiano, consoante às lições de Carlos Roberto Gonçalves: *'Na teoria do risco se subsume a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício da atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar dessa atividade.*
Na legislação civil italiana encontra-se o exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, com inversão do ônus da prova: (..)
O agente, no caso só se exonerará da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas idôneas para evitar o dano.
Disposições semelhantes são encontradas no Código Civil mexicano, no espanhol, no português, no libanês e em outros. (Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade Civil, p.08).

7. SALVO VENOSA, Silvio. *Direito Civil.* 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 13.

> independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

2.2 DO DANO

Estabelecido o conceito de responsabilidade civil, como a diferença da classificação de responsabilidade subjetiva e objetiva, a consequência é a condenação ou não do causador do dano, dano que é definido por Maria Helena Diniz[8] como: "(...) a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral".

Logo é possível concluir que o dano está intimamente ligado a um cunho negativo, de prejuízo, de lesão, sofrimento. Grosso modo, não é uma coisa bem grata.

Assim sendo, segue-se às categorias, pois os danos dividem-se em materiais, morais, estéticos, contratuais, extracontratuais, etc. No presente estudo, a análise ficará circunscrita à diferenciação entre dano material, também chamado de patrimonial, e dano moral (aquele que afeta o âmago do indivíduo).

2.2.1 DANO MATERIAL E DANO MORAL

Uma vez definido o conceito de dano, parte-se para a distinção de suas principais modalidades, quais sejam: material e moral.

Em relação ao primeiro, mais fácil é sua conceituação e verificação, pois para existir, basta haver um fato que deteriore, diminua, elimine um bem. Logo, pode-se afirmar que o dano material é aquele que incide sobre bens, matéria, e que diante desta incidência, causa prejuízo a tal patrimônio:

> "dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso de coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios". [9]

Definido está o dano material, mas neste artigo, e em relação à problemática aqui tratada, a definição de dano moral se faz fundamental, já que usualmente as infecções hospitalares acabam por gerar infortúnios, descontentamentos, aflições, passíveis de causar o dano não patrimonial.

O dano moral ganhou espaço individualmente após a Constituição de

8. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, 7º vol. p.64 e 67
9. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, 7º vol, p. 71.

1988, sendo que, até então, era pouco aplicado ou postulado. Diante da Carta Cidadã, está modalidade de dano passou a ser aplicada com mais frequência pelos tribunais brasileiros. Pode-se asseverar que se trata de modalidade de dano que não causa um prejuízo na esfera patrimonial, mas sim ao indivíduo propriamente dito, ou seja, atinge a pessoa da vítima, sua honra, imagem, ou até mesmo, o corpo[10]. Logo, é prejuízo que afeta o ânimo psíquico, a mente que, consequentemente, causa transtornos de ordem moral e intelectual ao lesado. É extremamente difícil a apuração da indenização decorrente desta modalidade de dano, pois são prejuízos que estão na esfera do imponderável[11], conforme ponderações de Rui Stoco:

> "O estabelecimento de valores para compensar as ofensas morais admitidas em juízo constitui atualmente uma questão angustiante, pois fica no exclusivo poder discricionário do julgador, através de critérios subjetivos e aleatórios."[12]

2.3. REPARAÇÃO DOS DANOS

Segundo um princípio clássico do direito, a cada indivíduo deve ser atribuído o que lhe é seu de direito. Pois bem, se um sujeito causa lesão a outrem, ou seja, gera um prejuízo ao patrimônio de terceiro ou mesmo lesão à própria pessoa na sua individualidade, há um dano.

Princípio fundamental da responsabilidade civil é verificar quem é o responsável pelo acontecimento do dano, prosseguindo em seguida, com a reparação dos prejuízos que este causou. Logo, deve-se observar a seguinte ordem: apurar quem é o responsável, verificar qual é o dano assim como sua gravidade e, após, prosseguir com a reparação do dano.

Tratando-se de hipótese de aplicação da responsabilidade subjetiva, como dito alhures, a atribuição de responsabilidade depende da comprovação de que o causador do dano tenha agido com culpa e dolo (artigo 186, do Código Civil) e que tal atitude tenha vínculo direto e imediato com o dano, enquanto nas hipóteses de aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, basta a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a atividade exercida.

Na fase reparatória, deverá ser realizada a quitação dos prejuízos decorrentes da lesão causada, que poderá ocorrer de duas formas:

> a) reparação específica ou *in natura*, por meio deste modo, deve o causador da lesão ressarcir o prejuízo fazendo com que as coisas voltem ao estado

10. Admite-se ainda, em situações peculiares, a cumulação de danos morais e estéticos (Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça).
11. SALVO VENOSA, Silvio. *Direito Civil*. 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 41
12. Rio Stocco, *A responsabilidade civil*, Domingos Franciulli Neto et. Al. Coord., *O novo Código civil, Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale*, p. 832.

> que teriam se não houvesse ocorrido o evento danoso;
> b) reparação por equivalente, nesta, é arbitrada uma indenização, entendida como remédio sub-rogatório, de caráter pecuniário, do interesse atingido (é normal nos danos morais).[13]

Avaliadas as matérias propedêuticas ao estudo que se pretende desenvolver, cumpre ingressar no objeto do trabalho.

3. RESPONSABILIDADE HOSPITALAR

3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RELAÇÃO

Em passado não muito distante, a relação de tratamento hospitalar dava-se na própria casa do indivíduo, pois havia na relação médico paciente uma fidúcia[14], e o enfermo chamava o médico de família para atendimento que era realizado no próprio domicílio. Com o passar dos anos, surgiram os nosocômios, nesses predominava um caráter assistencial, eram difundidos por ordens religiosas, ou seja, não era uma atividade de mercado, mais sim de misericórdia, caridade e até mesmo por esmola[15].

Passado este período, surgiram as entidades hospitalares atualmente existentes, nas quais predomina a ciência e moderna tecnologia, bem como o caráter de atividade empresarial:

> "Não há como deixar de anotar que o conceito de hospital evoluiu consideravelmente nos últimos sessenta anos, passando das instituições assistenciais difundidas pelas ordens religiosas para modernos hospitais, que contam com a melhor medicina e ciência, visando, acima de tudo, o restabelecimento do enfermo, pautando pelo asseio, higiene, profissionalismo e especialização." [16]

Pelo exposto, fica evidente que os atuais parâmetros para analisar as responsabilidades por danos decorrentes da atividade hospitalar são totalmente diferentes dos adotados no século passado, pois a evolução científica da relação foi muito grande. Porém, deve-se sempre ter cautela ao verificar as situações, posto que a obrigação nos tratamentos médicos é, em regra de meio, comportando pequenas exceções em que é possível devido às condições particulares do vínculo, estabelecer obrigação de resultado.

---

13. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, 7º vol, p. 133-134.
14. SALVO VENOSA, Silvio. *Direito Civil*. 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 125.
15. P. PEDROSO, Odair. *Evolução Conceitual da Assistência Médico Hospitalar*. p.20.
16. ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Responsabilidade Civil do Provedor, Presidente, Administrador e Diretor Clínico das Entidades Assistenciais Hospitalares*. 2007. p.1.

3.2. RELAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No código de 1916, a discussão fica restrita à responsabilidade subjetiva, ou seja, só haveria responsabilização dos fatos danosos, uma vez que ficasse provado que o dano decorreu de atitude ilícita e culposa. O Código Civil revogado também não contemplou a responsabilidade civil dos hospitais, a legislação apenas tratava da responsabilidade de médicos e cirurgiões[17].

Porém, o cenário mudou com a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Nesses, ficou estabelecida a possibilidade de responsabilidade civil objetiva, ou seja, o indivíduo/entidade, responde pelo dano independentemente da presença do elemento subjetivo culpa na conduta.

Diante do direcionamento do presente estudo, cumpre primeiramente analisar o artigo 14 do CDC:

> "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos."

Tal dispositivo é o fato gerador da responsabilidade objetiva dos hospitais, posto que o desenvolvimento de suas atividades requer a prévia assunção dos riscos que ela comporta pelos defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua fruição e riscos.

Além disso, tem-se o já citado artigo 927 do Código Civil, pelo qual:

> "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

Desta forma, resta concluir que diante da legislação vigente, tem-se que a responsabilidade das entidades hospitalares é objetiva em relação às atividades desenvolvidas por elas e seus prepostos. Porém, nunca é demais advertir ao fato de que no direito dificilmente encontram-se casos e conceitos absolutos. Portanto, se está aqui apenas admitindo que, em regra, a responsabilidade será objetiva, mas como ficará demonstrado a seguir, há exceções.

17. Ib idem. p.12.

4. INFECÇÃO HOSPITALAR – OBRIGAÇÃO DE MEIO

Embora fique patente que a responsabilidade dos hospitais é objetiva, o presente estudo é direcionado à verificação da responsabilidade dos hospitais em face de infecções hospitalares.

Desta forma é muito relevante a definição de infecção hospitalar, no escólio de Miguel Kfouri Neto[18]:

> "Para a maioria dos autores a expressão "infecções hospitalares" compreende doenças infecciosas adquiridas e manifestadas durante a hospitalização. Para alguns ela abrange também os casos que só têm expressão clínica após a alta do paciente. Todos, porém, incluem as infecções adquiridas na comunidade e em estágio de incubação no momento em que se interna o paciente. As infecções hospitalares se distinguem pela maior participação de microorganismos pouco envolvidos em doenças adquiridas na comunidade, embora as bactérias responsáveis não estejam confinadas nos hospitais."

Verificado o entendimento doutrinário, bem como a jurisprudência dos tribunais brasileiros, fica evidente que ambas as linhas de pensamento são no sentido de que a responsabilidade do hospital, quando da ocorrência de uma infecção hospitalar, é objetiva, sendo necessário para escusar-se da obrigação indenizatória provar que o fato decorreu por culpa do paciente, ou então que houve uma situação de caso fortuito ou força maior.

Para Sergio Cavaliere Filho[19]:

> "Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. Esta responsabilidade, como se constata da leitura do próprio texto legal, tem por fundamento o fato gerador do serviço, que, fornecido ao mercado, vem dar causa a um acidente de consumo. O serviço é defeituoso quando, diz o artigo § 1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não oferece a segurança necessária que o consumidor do produto pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se espera e a época em que foi fornecido".

Em complemento ao assunto, verifica-se jurisprudência, entre tantas outras decisões:

---

18. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2ª ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996. p. 118.
19. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 4ª edição, Malheiros, São Paulo, 2003, p.380

"RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. ART. 14 DO CDC. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade em si. O valor arbitrado a título de danos morais pelo tribunal a *quo* não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo. Recurso Especial não conhecido." (STJ, Recurso Especial nº 629.212. Rel.Min. Cesar Asfor Rocha)

"EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. AUTORA VÍTIMA DE INFECÇÃO HOSPITALAR. TEORIA DO RISCO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HOSPITAL QUE NÃO CONSEGUE PROVAR QUE A INFECÇÃO, CONTRAÍDA NO ESTABELECIMENTO, TEVE CAUSA ENDÓGENA. DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. LUCROS CESSANTES. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE DIVERGÊNCIA. DEVOLUÇÃO INTEGRAL DA MATÉRIA. APURAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES EM LIQUIDAÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.
(...)
Nada obstante, na prestação de serviço hospitalar, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao hospital demonstrar que inexistiu defeito e que a culpa pela infecção hospitalar foi do paciente ou de terceiro.
(...)
(...)
(TJ/PR, Acórdão nº 864 - Primeiro Grupo de Câmara Cível - Relator Noeval de Quadros- DJ 05.06.1998)

"RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR. Se o paciente se interna em um hospital para realização de cirurgia eletiva e vem a contrair infecção hospitalar (*staphilococos aureus*) em decorrência da falta de assepsia, ha obrigação do hospital em indenizar os danos decorridos. Teoria objetiva e do risco. "Pelo critério do risco, chega-se a constatação de que algumas atividades se desenvolvem sob um clima de constante perigo de lesão a bens juridicamente relevantes de terceiros, não sendo exagero afirmar que retirar deste próprio perigo a sua própria essência, o seu próprio êxito. Ora, nada mais justo, portanto, que ocorrendo o dano, responde o empreendedor desta atividade pela reparação ainda que inexista a culpa, pois é do próprio potencial de perigo que retira esta empreendedora sua lu-

> cratividade, o seu sucesso". (Bittar, Carlos Alberto, "responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar", ed. Saraiva, pag.181). 2) lucro cessante. Restou configurado que a paciente, em razão da infecção, pediu demissão do emprego. Assim, são devidos os lucros cessantes. As demais despesas não restaram comprovadas. Recurso do primeiro apelante desprovido e do segundo apelante provido em parte." (TJ/PR, Acórdão nº 8680 – Terceira Câmara Cível - Relator Eugenio Achille Grandinetti - DJ 01/08/1997).

Porém, em que pese o entendimento da mais autorizada doutrina e jurisprudência dominante, o hospital tem a obrigação de zelar pela limpeza, vigilância sanitária dos ambientes internos e corredores, esterilização dos instrumentos, controlando os índices de infecção, ou seja, o hospital deve manter constantemente a atuação de uma Comissão ou Serviço de Controle de Infecção Hospitalar.

Assim, ao se falar em combate à infecção hospitalar, a obrigação inerente ao hospital é a de pôr em prática todos os meios possíveis para que sejam atenuadas ao máximo as possibilidades de infecção, essa é obrigação legal, imposta pelo artigo 1º da Lei Federal nº 9.431 que dispõe:

> Art. 1º Os hospitais do país são obrigados a manter Programa de Controle de Infecções Hospitalares - PCIH.
> § 1º Considera-se programa de controle de infecções hospitalares, para os efeitos desta Lei, o conjunto de ações desenvolvidas deliberadas e sistematicamente com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares.

Logo, verifica-se claramente uma obrigação de meio, pois deve-se manter um serviço permanente de zelo e cuidado para manutenção de um ambiente sadio[20], sendo essa a segurança que se espera na prestação de serviços.

Diante da presença dos diferentes tipos de organismos bactericidas, que por sua peculiar natureza são contagiosos e infectam qualquer ambiente, ainda que permanentemente zelada a sua incolumidade. Estabelecer, de plano, a responsabilidade objetiva dos hospitais pelo acontecimento de uma infecção hospitalar não se mostra cabível, visto que uma obrigação que é de meio torna-se de resultado. Pelas características peculiares e inerentes à situação, é impossível de se alcançar a total segurança de que não haverá problemas infecciosos no ambiente.

---

20. CREMESP, Parecer Sobre a Necessidade de Lavar as Mãos Para Entrar na UTI, Como Única Obrigação em Vista ao Combate de Infecção Hospitalar. Disponível em http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=9245&tipo=PARECER&orgao=Conselho. Acessado em: 15 out. 2011.

Outrossim, avaliado o caso concreto e constatado que a entidade hospitalar deixou de cumprir a obrigação de meio de zelar pelas condições de higiene, sanitárias e bactericidas, é perfeitamente cabível a sua responsabilização. Por outro lado, se cumprida a obrigação de meio, parte-se do pressuposto que o ambiente era sadio, sendo necessário que o paciente prove o contrário, vale dizer, que a infecção se deu por culpa única e exclusiva do hospital, e não por suas condições de saúde prévias à internação ou situações imprevistas e inevitáveis ao controle do hospital.

Cabe a este respeito, portanto, a responsabilidade subjetiva em caso de infecção hospitalar, apoiando-se, por analogia, mais uma vez, nas lições de Rui Stoco:[21]

> "Ora, se a instituição de saúde se compromete a submeter um paciente à cirurgia, por intermédio de médicos, sob a sua responsabilidade, está a exercer uma atividade de meios e não de resultados. Assim, só se lhe pode exigir que a atuação de seus prepostos seja normal e que a cirurgia seja feita segundo as técnicas usuais e utilização do instrumental adequado. Se tal ocorrer, o contrato está cumprido."

Neste contexto, vale frisar o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º, do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor:

> "§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
> I - o modo de seu fornecimento;
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
> III - a época em que foi fornecido.
> § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.
> § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

Ora, qual é a segurança que o paciente deve esperar, para se evitar os riscos de uma infecção hospitalar, é matéria que transcende os limites objetivos da ciência, sendo, por outro lado, determinável a obrigação de prevenção das formas mais modernas possíveis.

A responsabilidade civil trabalha com os conceitos de prevenção e previsibilidade, até mesmo para efeito de afastar o nexo de causalidade entre o dano

21. STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil.* Ed. Revista dos Tribunais, p. 571.

e o ato dito causador do dano, consoante previsto no parágrafo único do artigo 393, do Código Civil, não sendo exagerado afirmar que uma infecção hospitalar que ocorra em hospital que realmente aplique o *Programa de Controle de Infecções Hospitalares – PCIH,* entre outras medidas, possa decorrer de evento de força maior, a afastar a responsabilidade civil.

A atividade fim de uma instituição hospitalar é a de prestar serviços de assistência à preservação e restabelecimento das condições de saúde do indivíduo. Desta forma, os principais profissionais de tais entidades são os médicos e os profissionais de sua equipe (enfermeiros, anestesista, etc.).

Portanto, se a responsabilidade da instituição só nasce de um dano causado culposamente por estes profissionais que desenvolvem a atividade fim, por analogia, não é proporcional, fere o bom senso a adequação (fatores que são resguardados pelos princípios gerais do direito) a atribuição de responsabilidade objetiva nas infecções hospitalares afirmando-se que elas fazem parte dos riscos assumidos pela prestadora dos serviços, pois assim como no caso dos danos causados pelos médicos, a responsabilidade em face de infecções hospitalares só deve ocorrer quando apurado o serviço defeituoso da comissão de combate as infecções, visto que se a comissão atendeu ao seu dever, aqui também estar-se-á diante de um contrato cumprido, não havendo dano, nexo causal e muito menos obrigação de reparação.

No contrato de prestação de hospedagem hospitalar, devido à grande gama de fatores que envolvem a situação do sujeito, não há que se considerar a responsabilidade objetiva da entidade prestadora dos serviços, pois em cada caso, cada paciente apresentará um estado de saúde, logo diferentes imunidades, anticorpus, etc.

Destarte, a atribuição direta pela jurisprudência da responsabilidade objetiva deve ser evitada, posto que, mesmo tendo o hospital adotado todas as precauções para evitar qualquer espécie de infecção hospitalar, esta poderá ocorrer por fatores externos aos serviços prestados. Desta forma, ao atribuir a responsabilidade objetiva, está se onerando demasiadamente a atividade hospitalar, e isto pode acarretar sérios problemas, a ponto de desestimular a prática de tal atividade, tendo como consequência a dificuldade de a sociedade ter acesso a tratamento médico-hospitalar.

Logo, somente se justifica responsabilizar as entidades hospitalares em caso de infecção hospitalar, quando ficar previamente provado pelo paciente que aquela decorreu de culpa exclusiva da entidade, por não ter a Comissão de Controle e Infecção Hospitalar, promovido as ações possíveis para diminuir ao máximo os casos de tal infecção. Ou seja, mesmo em casos que se inverta o ônus da prova, que seja possível à contratada provar que agiu de acordo com as normais necessidades, seguindo a orientação do Código Civil Italiano:

> "Art. 2050. *Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di unáttività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare Il danno."*

Assim, estabelecendo que sendo a vigilância por um ambiente hospitalar límpido uma obrigação de meio, é necessário que, para o paciente chegar à responsabilidade da instituição, antes ficar comprovado que a instituição não cumpriu com sua obrigação determinada pelo parágrafo 1º do artigo 1º da Lei Federal 9.431 de 1997, ou seja, que sua Comissão de Controle de Infecções Hospitalares não tomou as medidas possíveis ao combate da moléstia.

Cabe, todavia, ressaltar que o conceito de segurança que o consumidor possa esperar está intimamente relacionado ao dever de informação, sendo indispensável que o paciente seja corretamente informado a respeito dos riscos de infecção em intervenção cirúrgica, devendo firmar Termo de Consentimento Informado para que se possa buscar afastar a responsabilidade objetiva da entidade hospitalar.

É igualmente importante avaliar as questões formais, qual seja a construção do entendimento que deve ser dado, mediante a subsunção das normas ao caso em concreto. Primeiramente, no inciso II do artigo 5º a Constituição Federal consagra como direito fundamental o princípio da legalidade, qual seja, *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.* Muito bem, os que entendem pela responsabilidade objetiva, fundamentam seu pensamento no Código de Defesa do Consumir, de 11 de setembro de 1990.

Porém, como já demonstrado, há uma lei específica e posterior em nosso ordenamento jurídico, a Lei Federal 9.431, que trata da obrigação assumida pelos hospitais no que tange o combate as infecções hospitalares, sendo está norma datada de 1997.

Assim, utilizando-se do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil que determina: "*A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*, é possível afirmar que o artigo 14, *caput,* do Código de Defesa do Consumidor não tem aplicação aos hospitais em face de infecções hospitalares, não sendo possível estabelecer a responsabilidade objetiva dos hospitais sob este fundamento, visto que há uma lei posterior (a Lei Federal nº 9.431) estabelecendo a obrigação de meio dos hospitais ao combate das infecções hospitalares, nada mais podendo ser exigido destas entidades, senão o cuidado para diminuir *ao máximo possível os casos de infecção*, ou seja, o próprio ordenamento assegura a possibilidade de ocorrem casos de infecção, não devendo os hospitais por essas serem responsabilizados, até mesmo diante da especialidade da norma frente ao Código de Defesa do Consumidor, de aplicação geral.

Além disso, uma vez cumprida a obrigação de combate às infecções hospitalares, qualquer caso que ocorra, será uma caso fortuito, e desta forma não responde o hospital por esses danos nos termos do artigo 393 do Código Civil.

Portanto, mediante a aplicação das normas vigentes ao caso em concreto, as obrigações assumidas pelo hospital para combater a existência de infecções hospitalares e por fim as particularidades do problema aqui tratado, não se mostram adequado o posicionamento da doutrina e da jurisprudência de atribuir responsabilidade objetiva aos hospitais em casos de infecções hospitalares, pois a casuística é muito sensível, fatores endógenos e exógenos a internação incidem sobre a questão, não sendo plausível a teoria do risco, uma vez que ela está incidindo sobre uma atividade que já é por demais onerosa.

Por derradeiro, apenas a título de argumentação, só se admite a responsabilização objetiva no caso ora analisado, à luz do artigo 932 do Código Civil de 2002, quando restar provado que a Comissão de combate às infecções não tomou todas as medidas necessárias a maior diminuição dos casos.

5. CONCLUSÃO

Nas letras deste estudo, partiu-se do entendimento conceitual da responsabilidade civil para se chegar à responsabilidade dos hospitais pelas infecções hospitalares.

Após este trajeto, é possível afirmar que a atitude jurisprudencial e doutrinária de atribuir a responsabilidade objetiva às prestadoras de serviços médicos não está em consonância com o melhor direito.

Ora, tais entidades visam prestar serviços de recuperação e tratamento de saúde, assim, na grande maioria dos casos, o indivíduo tem a necessidade destes serviços, pois já se encontra com alguma debilidade em seu organismo.

Assim, não é concebível a responsabilização de modo objetivo, ou seja, independente de análise de culpa, da entidade hospitalar, devido à natureza especial desta atividade. Muito embora atualmente possa ser caracterizada como prestação de serviço, não pode ser feita a subsunção direta ao artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, posto que em tais casos, é extremamente necessária a análise do caso concreto. Além disso, não cabe a aplicação deste dispositivo uma vez que há lei posterior específica que regula a matéria.

Portanto, ainda que seja cabível a responsabilidade por infecção hospitalar, antes de atribuir esta responsabilidade à entidade hospitalar, é fundamental constatar a origem do problema, posto que, dependendo das condições clínicas anteriores do paciente, nada poderia ser feito pelo hospital para evitar a infecção. Além disso, ainda que as condições prévias fossem boas, há de se considerar que as complicações podem ocorrer mesmo tendo o hospital as melhores condições possíveis.

Diante disto, para se chegar à responsabilidade do hospital, primeiramente deve ficar provado que a entidade agiu culposamente, no sentido de que sua Comissão de combate à infecção não realizou os trabalhos de praxe, pois se tal manutenção foi devidamente realizada, não há que se atribuir responsabilidade civil objetiva e muito menos subjetiva.

REFERÊNCIAS

ACHAVAL, Alfredo. *Responsabilidad civil Del médico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. RT718/33 e Ver. Jurídica Síntese 231, jun.1997.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARTINS, James. *Código de defesa do consumidor comentado.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMARAL, Jorge Pessoa. *A Responsabilidade Profissional dos Médicos e Enfermeiros*. Coimbra: Ed. do Autor, 1983.

AZEVEDO, Alvaro Vilaça, *Teoria Geral das Obrigações*, São Paulo: Atlas, 2004.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil.* São Paulo, Saraiva, 1983. v. 1, 2, 3, e 5.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. *O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado.* 10. Ed. Francisco Alves, 1954. v. 2

BLOISE, Walter. *A responsabilidade civil e o dano médico.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COUTINHO, Léo Meyer. *Código de ética médica comentado.* São Paulo: Saraiva, 1989.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. 2.v.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: responsabilidade civil.* 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Responsabilidade Civil do Provedor, Presidente, Administrador e Diretor Clínico das Entidades Assistenciais Hospitalares.* 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil.* São Paulo: Saraiva, 2003.

GIOSTRI, Hildelberg Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada.* 2ª ed. Curitiba: Jaruá, 2005.

_____. *Responsabilidade médica.* Curitiba: Jaruá, 2004.

GOMES, Orlando. *Obrigações.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidade civil del médico.* Buenos Aires: Astrea, 1979.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LEAL, Pérez de. *Responsabilidad civil del médico.* Buenos Aires: Universidad, 1995.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a lei.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

P. PEDROSO, Odair. *Evolução Conceitual da Assistência Médico Hospitalar.*

RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil.* 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *A responsabilidade civil.* FRANCIULLI NETTO, Domingos et. Al.(coord.) *O novo Código Civil. Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale.* São Paulo: LTR 2003.

_____. *Tratado de responsabilidade civil.* 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil.* 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.4.



A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PELO "ERRO" DO MÉDICO NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JOSENIR TEIXEIRA



Advogado, Mestre em Direito pela FADISP • Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNIFMU/SP, em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), em Direito do Trabalho pelo Centro de Extensão Universitária (CEU/SP) e em Direito do Terceiro Setor pela FGV/SP • Vice-presidente do IBATS – Instituto Brasileiro de Advogados do Terceiro Setor • Fundador e editor da RDTS – Revista de Direito do Terceiro Setor • Membro da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP • Professor do curso de Direito do Terceiro Setor da Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB/SP • Foi professor do curso de Pós-Graduação em Administração Hospitalar e Negócios da Saúde da UNISA (SP) • Autor dos livros *Prontuário do Paciente: Aspectos Jurídicos e Assuntos Hospitalares na Visão Jurídica* (www.abeditora.com.br), *Opiniões e O Terceiro Setor em Perspectiva: da estrutura à função social* (www.editoraforum.com.br) • Articulista da revista www.noticiashospitalares.com.br (www.jteixeira.com.br).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Não é de hoje. 3. A individualização das ações do hospital e do médico. 4. A caracterização da culpa. 5. O atual entendimento acerca da inversão do ônus da prova. 6. O entendimento do STJ acerca da aplicação da teoria das responsabilidades objetiva e subjetiva. 7. A (não) responsabilidade solidária do hospital em razão do "erro" cometido pelo médico. 8. A valoração do dano moral. 9. Conclusão.

RESUMO: O amadurecimento e o maior esclarecimento dos julgadores a respeito das características e do contexto dos relacionamentos entre os pacientes, os médicos e os hospitais, têm proporcionado decisões mais justas e adequadas às responsabilidades de cada um. Este artigo objetiva exteriorizar a forma pela qual o Superior Tribunal de Justiça tem julgado as ações que tratam do chamado "erro médico" e como ele tem individualizado as responsabilidades dos hospitais e dos médicos para confirmar ou reformar as condenações das instâncias inferiores.

PALAVRAS-CHAVE: Erro médico. Responsabilidade Civil. Hospital. Médico. Reparação de danos. Indenização. Culpa. Danos material e moral.

1. INTRODUÇÃO

Há décadas, os hospitais enfrentam ações judiciais promovidas[1] por pacientes e seus familiares que apontam a ocorrência de "erro"[2] praticado pelos

1. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.020.801, Relator Ministro João Otávio de Noronha. 4ª. Turma. Julgamento em 26 de abril de 2011. "Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Erro médico. Conhecimento da lesão posteriormente ao fato lesivo. Prescrição. Termo *a quo*. Data da ciência. 1. Ignorando a parte que em seu corpo foram deixados instrumentos utilizados em procedimento cirúrgico, a lesão ao direito subjetivo é desconhecida e não há como a pretensão ser demandada em juízo. 2. O termo a quo do prazo prescricional é a data em que o lesado tomou conhecimento da existência do corpo estranho deixado no seu abdome. 3. Recurso especial conhecido em parte e provido."

2. "O chamado erro médico não é a melhor expressão. Erro, na órbita jurídica, é vício existente na manifestação de vontade, que anula um negócio jurídico, nos termos dos arts. 138 e 144 do Código Civil. Quando é utilizada a expressão erro médico, seu significado é de atuação negligente, imperita ou imprudente, isto é, de culpa em sentido estrito, que pode levar à aplicação do princípio da reparação de danos, conforme art. 186 do Código Civil." TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 26 – (Série GVlaw)

médicos (ou pela equipe[3] [4] composta por eles) que os atenderam nas suas dependências, tendo aqueles profissionais sido ou não disponibilizados ou contratados pelos estabelecimentos de saúde.

Invariavelmente, pequenas fortunas são pleiteadas para minimizar a alegada dor física e/ou emocional gerada pelo dito engano ou desregramento dos profissionais médicos, conduta em relação às quais os hospitais não raramente são instados a se responsabilizar financeiramente, de forma solidária.

Há condutas inadequadas. Mas também há mau resultado, acidentes imprevisíveis ou irremediáveis e reações[5] próprias e inesperadas do organismo[6] do paciente a medicamentos ou intervenções compatíveis e indicadas para a sua doença ou para a situação clínica apresentada no momento do atendimento.

---

3. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 200.831, relator Ministro Barros Monteiro. 4ª Turma. Julgamento em 08 de maio de 2001. "Responsabilidade civil. Cirurgia. Queimadura causada na paciente por bisturi elétrico. Médico-chefe. Culpa "in eligendo" e "in vigilando". Relação de preposição. - Dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, o médico-chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens. Hipótese em que o cirurgião-chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento. - Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Recurso Especial não conhecido."

4. Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 605.435, relatora Ministra Nancy Andrighi. 2ª Seção. Julgamento em 14 de setembro de 2001. Consta do voto da Ministra relatora, vencida parcialmente: "[...] Embora as equipes cirúrgicas sejam formadas por profissionais de diversas especialidades, cada qual autônoma em seu ramo de conhecimento, ao compor a equipe médica, o cirurgião-chefe, que escolhe especificamente os profissionais com quem deseja atuar, estabelece, durante o procedimento, dentro do centro cirúrgico, uma relação de comando sobre demais integrantes da equipe, inclusive sobre os médicos, auxiliares ou anestesistas. Com efeito, uma vez caracterizado o trabalho de equipe, deve ser reconhecida a subordinação dos profissionais de saúde que participam do procedimento cirúrgico em si, em relação ao qual a anestesia é indispensável, configurando-se uma verdadeira cadeia de fornecimento do serviço, nos termos do art. 34 c/c art. 14, ambos do CDC."

5. Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 351.178-SP. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 10 de março de 2009. "Processual civil. Embargos de declaração. Omissão, obscuridade e contradição. Inexistência. Reexame de matéria já decidida. Impossibilidade. Danos morais. Valores excessivos. Redução. 1. A revisão de indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo. 2. Estando omisso o acórdão embargado quanto aos fundamentos que motivaram a fixação da indenização por danos morais, deve ele ser complementado a fim de deixar claro para as partes os parâmetros adotados na fixação do quantum indenizatório. [...]."

6. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 256.174 – DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves. 4ª Turma. Julgamento em 4 de novembro de 2004 - "[...] Afastada pelo acórdão recorrido a responsabilidade civil do médico diante da ausência de culpa e *comprovada a pré-disposição do paciente ao descolamento da retina – fato ocasionador da cegueira - por ser portador de alta miopia,* a pretensão de modificação do julgado esbarra, inevitavelmente, no óbice da súmula 07/STJ. [...]" (gr)

O problema a ser enfrentado pelo Judiciário é justamente identificar, da forma mais precisa possível, se o ato ou a conduta adotada pelo médico causou ou contribuiu para o estado de saúde em que se encontra o paciente descontente ou se aquela consequência seria inexorável, diante da gravidade do mal que o afligia. Em outras palavras: o agir (ou não agir) do médico foi determinante para selar o destino do paciente ou ele "já estava traçado"?

Cabe ao hospital, nas dependências do qual o ato médico foi praticado, pagar pela conduta técnica escolhida e executada autonomamente[7] pelo médico?

O hospital pode vir a responder pelo "erro médico" cometido por profissional que não possui qualquer vínculo com o estabelecimento, mas utiliza as suas dependências para a realização de cirurgia e internação de pacientes?

Como o Superior Tribunal de Justiça julga os casos atualmente e apura a culpabilidade do médico e dos hospitais, individualizando e identificando o serviço que cada um ofereceu ou prestou ao paciente?

É da imbricação destes temas e do seu enfretamento pelo Superior Tribunal de Justiça que trataremos neste artigo, a partir da análise de quarenta de seus acórdãos.

2. NÃO É DE HOJE

Limeira é uma cidade do interior paulista que dista cerca de 150 quilômetros da capital. Lá, em março de 1991, a Associação Paulista de Medicina realizou um fórum sobre o "erro médico" que contou com a participação, dentre outros, de Genival Veloso de França, titular de Medicina Legal da Universidade Federal da Paraíba. Naquela época, o Código de Defesa do Consumidor engatinhava, eis que editado pela Lei n. 8.078, em 11 de setembro de 1990.

O chamado "erro médico" é estudado e julgado desde os primórdios dos tempos. A medicina está presente em nossas vidas do nascimento até a morte, entremeada pela infância, adolescência, juventude, idade adulta e velhice. É inelutável que, em tais fases, a assistência dos médicos se faz necessária para que a vida transcorra com qualidade, dentro do possível, obviamente. Por outro lado, é plenamente concebível que alguém passe a vida inteira sem pre-

7. Prevê o Código de Ética Médica (Resolução n. 1.931/09 do Conselho Federal de Medicina) no Capítulo I (Princípios Fundamentais) do preâmbulo: "IV - *Ao médico* cabe zelar e trabalhar pelo *perfeito desempenho ético da medicina*, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão. V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente. [...] VII - *O médico exercerá sua profissão com autonomia*, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, *renunciar à sua liberdade profissional*, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho." (gr)

cisar dos serviços disponibilizados pelos hospitais, principalmente do centro cirúrgico e de internação. É claro que há inumeráveis variáveis que gravitam em torno dessa afirmativa. Mas não é este o foco deste breve estudo.

No fórum acima mencionado, o professor Genival Veloso de França comentou que "[...] na Paraíba, hoje, na Justiça Federal, correm cerca de oito a dez processos contra médicos."[8] Este número deve ter ganhado proporções inimagináveis até para os mais otimistas e céticos.[9]

Dizia o professor, há vinte anos, que

> o erro médico tem sido hoje o pão e a manteiga de uma certa parte da imprensa sensacionalista, e nós sabemos. Sabemos até porque, ora a insinuação do erro presumido, ora muitas vezes a denúncia de situações que não são de erro médico ou partem de pessoas que, por ingenuidade, desconhecem o fato, ou partem de pessoas interessadas. Interessadas em desmoralizar o médico e desmoralizar a assistência médica, principalmente a assistência médica pública.[10]

Desde 1991, a situação dos médicos e dos hospitais só se fez agravar, inclusive pela divulgação, pela mídia, de informações sobre a ocorrência de pretensos "erros médicos" que, em alguns casos, não resistem a simples análise do prontuário, que comprova a presença de uma ou outra circunstância científica descrita na literatura e que marcou a sorte do paciente. Essa propagação desenfreada de informações acaba por despertar o desejo de questionar judicialmente (todos) os atos e as circunstâncias que levaram o paciente a determinada situação física e/ou emocional.

Nem sempre o alegado "erro médico" é provado. Pesquisa[11] realizada pelo

---

8. MADRID, Nelson. *Fórum sobre o erro médico*. Associação Paulista de Medicina, Seção Regional de Limeira. 1. ed. Limeira: edição própria, 1991. p. 23.

9. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 4 – (Série GVlaw). "Segundo dados do Conselho Federal de Medicina, processos administrativos contra médicos cresceram 393% em cinco anos: eram 77 e hoje são 380 por ano (Jornal O Estado de S.Paulo, 12 ago. 2006, A30). Nos Tribunais, a área da saúde apresenta-se como um dos terrenos mais percorridos pelas ações reparatórias de danos. Como causas desse aumento de demandas administrativas e judiciais são apontadas falhas na formação do profissional, a proliferação de cursos de medicina, o distanciamento entre médico e paciente, a falta de infraestrutura em unidades de saúde, a legislação consumerista, o conhecimento pela população de seus direitos, ou mesmo abusos praticados pela suposta vítima, numa chamada indústria do dano."

10. MADRID, Nelson. *Fórum sobre o erro médico*. Associação Paulista de Medicina, Seção Regional de Limeira. 1. ed. Limeira: edição própria, 1991. p. 13.

11. O Médico e a Justiça – um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. Coordenação institucional de Nacime Mansur e Reinaldo Ayer de Oliveira. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006. Concluiu tal estudo: "A ausência de conhecimento técnico em medicina pode dificultar o julgamento da conduta do médico e do nexo de causalidade entre sua ação (ou omissão) e o dano descrito pelo paciente. O juiz pode se utilizar da perícia

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo comprova que o número de condenações é desproporcional (e inferior) à quantidade das ações ajuizadas na justiça estadual de São Paulo, pois a perícia que é realizada nos processos aponta a inexistência de "erro" técnico do médico. Fica claro que há aventuras jurídicas promovidas por pacientes descontentes, auxiliados por advogados desavisados tecnicamente sobre as peculiaridades do assunto.

Acontece que, após a divulgação espalhafatosa da notícia do tal "erro" na mídia, o estrago da imagem e da reputação do profissional e/ou do hospital onde ele clinicava já foi feito. Normalmente, a correção, o esclarecimento da notícia ou o desfecho do caso vem escrito num canto qualquer do periódico, imperceptível ao leitor desatento, mas cuja atenção foi despertada pela manchete inicial. Isso persiste ao longo dos anos e nada sugere que teremos mudança dessa situação a curto e médio prazos.

3. A INDIVIDUALIZAÇÃO DAS AÇÕES DO HOSPITAL E DO MÉDICO

Ao longo do tempo, a atuação do médico e do hospital foi entendida como "uma só": se o paciente sofreu dano ele deve ser indenizado por ambos, tidos por culpados comuns, sem que se preocupasse ou analisasse com a individualização necessária a gritante diferença dos serviços que eram disponibilizados por estes àquele[12], em que pese eles sejam direcionados à mesma finalidade: a de aliviar o mal que acomete o doente.

---

judicial, que, em grande parte dos casos, constitui o principal meio de prova nas ações que discutem o alegado erro médico (outros meios de prova são o depoimento testemunhal, o documento escrito, etc.). Na maioria das decisões analisadas (65,2%) a realização de perícia foi mencionada expressamente. Das 63 ações em que a perícia concluiu pela existência do erro médico, apenas uma não considerou o laudo pericial, absolvendo o réu. Em 96, dos 105 casos nos quais as perícias concluíram pela inexistência do erro médico, os juízes acataram seus resultados, absolvendo os réus. Das decisões analisadas, aproximadamente 46% foram favoráveis aos pacientes, condenando o(s) réu(s). A indenização por danos morais foi concedida na grande maioria delas (88,2%). Os valores das indenizações a título de danos morais diferem de maneira muito significativa. A análise comparativa realizada entre todas as indenizações fixadas para o mesmo evento — morte do paciente — apurou que a menor condenação foi de R$ 11.407,68 e a maior, de R$4.405.711,89. A média das indenizações por danos morais em virtude de morte foi de R$ 203.482,48. A imensa disparidade dos valores das indenizações pode estar ligada à falta de critérios legais. Esses parâmetros, bastante amplos, têm sido estabelecidos pelos estudiosos e pela jurisprudência (circunstâncias particulares do caso, condições do ofensor e do ofendido, inibição da reincidência do fato lesivo). Soma-se a isso a avaliação subjetiva do juiz." (grifos no original)

12. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 259.816, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª Turma. Julgamento em 22 de agosto de 2000. "Direito civil. Ação indenizatória. Hospital. Falecimento de paciente. Atendimento por plantonista. Empresa preponente como ré. Culpa dos prepostos. Obrigação de indenizar. Danos morais. Quantificação. Controle pela instância especial. Possibilidade. Valor. Caso concreto. Inocorrência de abuso ou exagero. Recurso desacolhido. I - Nos termos do enunciado nº 341 da súmula/STF, "é presumida a culpa do patrão ou do comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto". II - Comprovada a culpa dos prepostos da ré, presente a obrigação desta de indenizar. [...]"

Houve situações em que o médico foi inocentado, mas o hospital condenado por simples aplicação da regra da teoria da responsabilidade objetiva, em descompasso com a atual jurisprudência a respeito do assunto, que analisou a questão em todas as suas nuances, resgatou os aspectos jurídicos que a envolve e decidiu pela aplicação do direito técnico-científico de acordo com a participação individual do hospital e do médico no dano causado ao paciente, ao invés da análise "em bloco" que até então se constatava.

4. A CARACTERIZAÇÃO DA CULPA

O médico não é obrigado a curar o paciente. A sua obrigação, na esmagadora maioria dos casos, é de meio e

> "[...] limita-se a um dever de desempenho, isto é, há o compromisso de agir com desvelo, empregando a melhor técnica e perícia para alcançar um determinado fim, mas sem se obrigar a efetivação do resultado. Na obrigação de meio, compete ao autor a prova da conduta ilícita do réu, demonstrando que este, na atividade desenvolvida, não agiu com a diligência e os cuidados necessários para a correta execução do contrato. Já na obrigação de resultado, o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. Nas obrigações de resultado há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova."[13]

Nos restritos casos de cirurgia plástica meramente estética é que o Superior Tribunal de Justiça entende que a obrigação seria de resultado, conforme se afere, por exemplo, da seguinte decisão:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM

13. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.097.955, relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgamento em 27 de setembro de 2011. "Processo civil e civil. Responsabilidade civil. Médico. Cirurgia de natureza mista - estética e reparadora. limites. Petição inicial. Pedido. Interpretação. Limites. 1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes. 2. Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora. 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes. 5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes. 6. Recurso especial não provido."

SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética.

2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.

3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.

4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente).

6. Recurso especial a que se nega provimento.[14]

Para que seja possível a condenação de um médico ou hospital é necessário que se identifique, de forma clara e precisa, como e de que forma eles teriam contribuído, individualmente, com o dano suportado pelo paciente.

Além disso, para que haja a condenação é necessário que tenha havido dano de ordem material ou moral e que ele seja mensurável, mesmo que de forma estimada. O eventual ato faltoso cometido pelo médico ou pelo hospital que não produz dano não é passível de indenização.

14. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 236.708, relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz federal convocado do TRF 1ª. Região). 4ª Turma. Julgamento em 10 de fevereiro de 2009.

No direito brasileiro, a culpa[15] é um dos pilares da responsabilidade civil. Ela se constitui em um dos quatro[16] requisitos que devem coexistir para que reste configurada a responsabilização civil, sob pena de impossibilidade do surgimento do direito à indenização.

Ensina José de Aguiar Dias que a responsabilidade civil pressupõe a coexistência de um dano certo, podendo ser material ou moral, e a relação direta de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano.[17]

Edmilson de Almeida Barros Júnior complementa afirmando que "No direito pátrio não há responsabilidade se houver falta de um dos 'elementos constitutivos do tipo' da responsabilidade civil."[18]

O ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do Superior Tribunal de Justiça, destacou os ensinamentos doutrinários acerca do tema em voto recentemente proferido,[19] a partir do precedente consubstanciado no Recurso Especial n. 258.389, daquele Corte, quando o ministro Fernando Gonçalves já os havia invocado. Vale a pena transcrevê-los:

> Nos arraiais da doutrina, seja pelo ângulo do conceito clássico de responsabilidade, seja pela ótica do Código de Defesa do Consumidor, o enten-

15. BRASIL, Código Civil, Lei n. 10.406/02 - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

16. Os outros três requisitos são: a) a conduta ilícita (ato ou a omissão) do agente causador do dano; b) o dano suportado pelo pretendente à indenização; e c) o nexo causal entre o dano objeto de ressarcimento e a conduta daquele a que se atribui a responsabilidade.

17. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed., v.I, p. 123/124

18. BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A Responsabilidade Civil do Médico – Uma Abordagem Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 47

19. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.216.424, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 09 de agosto de 2011. "Consumidor. Recurso Especial. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Médico particular. Responsabilidade subjetiva. Hospital. Responsabilidade solidária. Legitimidade passiva *ad causam*. 1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes. 2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo caput do art. 14 do CDC. 3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento. 4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas. 5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor. 6. Admite-se a denunciação da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente provido."

dimento prevalente é de que a reparação em face da casa de saúde, em princípio, apenas terá lugar quando provada a culpa ou dolo do médico.

O insigne RUI STOCO em seu *Tratado de Responsabilidade Civil* - 6ª edição - Ed. Revista dos Tribunais - com extrema acuidade esclarece de modo definitivo a questão, com apoio de vários doutrinadores de peso, dentre eles AGUIAR DIAS, CAIO MÁRIO e RUY ROSADO DE AGUIAR JR, destacando o seguinte:

> "A questão mais polêmica que surge é a que pertine à seguinte indagação: quando a responsabilidade deve ser carreada ao médico, pessoalmente, e quando se deve atribuí-la ao hospital?"
> A nós parece que se impõe examinar primeiro se o médico é contratado do hospital, de modo a ser considerado como seu empregado ou preposto. Se tal ocorrer, aplica-se a surrada e vetusta regra de que o empregador responde pelos atos de seus empregados, serviçais ou prepostos (Código Civil, art. 932, III).
> Aliás, Aguiar Dias demonstrou o alcance e largueza desse conceito de preposto em atividades que tais ao afirmar:
> "O médico responde também por fato de terceiro. Este é o caso dos proprietários e dos diretores das casas de saúde, responsáveis pelos médicos, enfermeiros e auxiliares. Considera-se incluído nesta espécie de responsabilidade também o proprietário não-médico dos hospitais e clínicas, explicando que essa responsabilidade é nitidamente contratual, e advertindo que a noção de preposto, neste domínio, não se confunde com a que se lhe empresta no terreno extracontratual, porque, no caso em apreciação, é em virtude de uma garantia convencional implícita que o contratante responde pelos fatos de seus auxiliares. E tal garantia é devida pelo proprietário da casa de saúde, pelo fato danoso do médico assalariado" (op. cit., p. 292-293).
> Se o médico atuar no respectivo hospital mediante vínculo empregatício, será empregado submetido às ordens da sociedade hospitalar. Se com ela mantiver contrato de prestação de serviços, deve ser considerado seu preposto e, nas duas hipóteses, aquela sociedade responderá pelos atos culposos daquele profissional. O hospital, contudo, terá direito de reaver o que pagar através de ação regressiva contra o causador direto do dano.
> Mas se o médico não for preposto, mas profissional independente que tenha usado as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, em razão de aparelhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar, individualmente, a responsabilidade de cada qual. Desse modo, se o paciente sofreu danos em razão do atuar culposo exclusivo do profissional que o pensou, atuando como prestador de serviços autôno-

> mo, apenas este poderá ser responsabilizado.
> Se, contudo, apurar-se manifestação incorreta do estabelecimento, através de ação ou omissão de seus dirigentes, empregados ou prepostos, podendo ser estes médicos, enfermeiros e funcionários em geral, então poderá responder apenas o hospital, se a ação ou omissão culposa deles dimana, ou o hospital e o médico, solidariamente, se ambos obraram com culpa." (fls. 725)

E mais adiante, colacionando trabalho apresentado pelo Min. RUY ROSADO no IV Congresso Internacional sobre Danos, realizado em Buenos Aires - Argentina - em 1995, expõe:

> "o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar danos produzidos por médico integrante de seus quadros, pois é preciso provar a culpa deste para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital"." (fls. 729)

E arremata RUI STOCO:

> Cabe, finalmente, obtemperar a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se asseguram apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício entre um e outro.
> Perceba-se, porque importante, que o caput do art. 14 do CDC condicionou a responsabilização do fornecedor de serviços à existência de "defeitos relativos à prestação de serviços".
> Tal expressão, embora em contradição com o princípio adotado no próprio artigo da lei, induz culpa, máxime quando se trate de atividade médica, cuja contratação assegura meios e não resultado (salvo com relação às cirurgias estéticas e não reparadoras), de modo que o resultado não querido não pode ser rotulado de "defeito". Este só se configura quando a lesão ao paciente resultar de procedimento totalmente desviado dos padrões e, portanto, com culpa evidente do seu causador." (fls. 729)

A culpa é classificada nas modalidades de imprudência (descuido, precipitação, inobservância das precauções necessárias), imperícia (despreparo técnico, falta de habilidade) ou negligência (falta de cuidado, desmazelo, desatenção). Assim, para que o médico ou o hospital sejam condenados e obrigados a indenizar, há que se demonstrar que os seus atos ou as omissões lhes

atribuídas tenham sido caracterizados e enquadrados dentro de uma dessas hipóteses. A culpa não pode ser presumida.[20] Ela tem que ser provada[21], na primeira instância[22], por quem[23] se sentir prejudicado, pois a este cabe tal ônus, diante do previsto no artigo 333[24] do Código de Processo Civil. É neste sentido a doutrina de Humberto Theodoro Júnior: "Por isso, o **fato constitutivo do direito** de quem pede indenização por erro médico se assenta no **desvio de conduta** técnica cometido pelo prestador de serviços. Como esse desvio é uma situação anormal dentro do relacionamento contratual não

20. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 196.306, 4ª Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 03.08.2004. "Civil. Cirurgia. Sequelas. Reparação de danos. Indenização. Culpa. Presunção. Impossibilidade. 1 - Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. 2 - Em razão disso, no caso de danos e seqüelas porventura decorrentes da ação do médico, *imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva*. 3 - Inteligência dos arts. 159 e 1545 do Código Civil de 1916 e do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. 4 - Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença." (gr)

21. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Apelação Cível n. 55760-6, relator Juiz Ulysses Lopes. "Responsabilidade Civil Médica Hospitalar. 1. Esposada a teoria da culpa pelo artigo 1.545 do CC, no que concerne à responsabilidade civil médica, considerada pela doutrina como responsabilidade contratual não presumida, incumbe à vítima demonstrar que a entidade hospitalar, através de seus agentes ou prepostos, agiu sob qualquer modalidade culposa.2. Não demonstrando a instrução, seja através da prova pericial, seja pela prova testemunhal, que a entidade hospitalar tenha agido, por ato de preposto, com negligência ou imperícia, não lhe podem ser atribuídas as conseqüências do agravamento de uma doença decorrente, em princípio, de um processo degenerativo e evolutivo."

22. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 765.505, relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgamento em 07 de março de 2006. "Recurso Especial. Civil. Responsabilidade civil. Cirurgião e anestesiologista. Recurso com fundamento nas alíneas "a" e "c" do art. 105, III, da CF. Reexame fático-probatório. Súmula 07/STJ. Incidência. - A constatação de ter o médico cirurgião e o anestesista agido ou não com culpa no atendimento a paciente, nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia, demanda necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório da causa, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ. - O reexame do conjunto fático-probatório da causa obsta a admissão do recurso especial tanto pela alínea "a", quanto pela "c" do permissivo constitucional. Recurso especial não conhecido."

23. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0000.00.181.393-0/000, relator Desembargador Abreu Leite. 2ª Câmara Cível. Julgamento em 22.12.2000. "Como o risco de falha, de insucesso e até de lesões é normal na prestação de serviços médicos, os tribunais, em princípio, não são liberais com o ônus da prova a cargo do paciente ou de seus dependentes, quando se trata de ação indenizatória fundada em erro médico. Nenhum tipo de presunção é de admitir-se, cumprindo ao autor, ao contrário, o ônus de provar, de forma idônea e convincente, o nexo causal entre uma falha técnica, demonstrada in concreto, e o resultado danoso queixado pelo promovente da ação indenizatória."

24. BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

há como presumi-lo. Cumprirá ao autor da ação prová-lo adequadamente."[25] (grifos no original)

Para ilustrar a inequívoca necessidade de prova da ocorrência da culpa, citamos recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que consignou que, afastada a culpa do médico, afastada está a obrigação de indenizar:

> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ERRO MÉDICO. CONDUTA MÉDICA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.
> 1. Não há omissão, contradição, obscuridade ou erro material a ser sanado no acórdão embargado, o qual se encontra suficientemente fundamentado e em consonância com a jurisprudência desta Corte.
> 2. O Tribunal de origem, ao consignar que não houve negligência por parte da equipe médica, a qual adotou os procedimentos cabíveis para evitar a lesão do nervo ciático, ocorrida durante a cirurgia, afastou a culpa do médico e, consequentemente, o erro médico a ensejar a obrigação de indenizar.
> 3. Rever o entendimento do Tribunal a quo, quanto à ocorrência de culpa de médico, demanda a análise do contexto fático-probatório dos autos, inviável em recurso especial, dado o óbice do enunciado 7 da Súmula desta Corte.
> Embargos de declaração rejeitados.[26]

Eis outro julgado que afirma de forma inequívoca a obrigatoriedade de se provar a existência de culpa em casos de alegado "erro médico":

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

25. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4ª ed. atual e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 72.

26. Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.247.550, relator Ministro Humberto Martins. 2ª Turma. Julgamento em 1º de setembro de 2011.

> I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;
> II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;
> III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;
> IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance";
> V - Recurso especial provido.[27]

Não trataremos aqui do dolo, por ser tal hipótese rara na casuística disponível para estudo.

Além da obrigatoriedade da existência do dano e da prova da conduta ativa ou omissiva do médico e/ou do hospital, o interessado em ser indenizado tem que provar que a conduta (ou sua inexistência) em questão provocou o dano. É o que se chama de nexo de causalidade.[28] Sem a comprovação do

27. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.104.665, relator Ministro Massami Uyeda. 3ª Turma. Julgamento em 09 de junho de 2009.

28. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.078.057, relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 10 de fevereiro de 2009. "Direito civil. Responsabilidade civil - Erro médico. Princípio do livre convencimento motivado. Artigo 131 do Código Civil - 1. O sistema processual civil abraça o princípio do livre convencimento motivado, que, inclusive está positivado no artigo 131 do Código de Processo Civil, impondo ao julgador a indicação dos motivos de suas conclusões. Na hipótese em que a ação proposta tem sustentação na existência de erro médico, uma vez que realizada perícia, deve o julgador indicar os motivos pelos quais resolve concluir pela obrigação de indenizar, tomando posição oposta às conclusões do perito, mormente quando outras provas não existem nos autos. 2. A responsabilidade do médico pressupõe o estabelecimento do nexo causal entre causa e efeito da alegada falta médica, tendo em vista que, embora se trate de responsabilidade contratual - cuja obrigação gerada é de meio -, é subjetiva, devendo ser comprovada ainda a culpa do profissional. 3. Recurso especial provido."

nexo causal inexistirá responsabilidade.[29]

Sérgio Cavalieri Filho discorre sobre o tema e afirma que "[...] mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado".[30]

Sem a conjunção de tais elementos, portanto, a condenação se mostra inviável.

5. O ATUAL ENTENDIMENTO ACERCA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Durante muito tempo, o Judiciário brasileiro condenou médicos e hospitais solidariamente em razão da ocorrência de determinado infortúnio no atendimento do paciente.[31] Isso se dava com naturalidade, até em razão da aplicação da Teoria da Aparência[32] [33], por meio da qual uma pessoa é tida como titular

29. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 258.389, 4ª Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 16 de junho de 2005. Afirmou o Ministro Jorge Scartezzini no seu voto vista: "[...] Com efeito, embasando-se o evento danoso exclusivamente na atuação médica culposa dos prepostos do recorrente, e excluída expressamente a respectiva ocorrência, verifica-se, por conseguinte, a supressão do próprio nexo de causalidade entre a conduta do hospital e a morte da menor, requisito imprescindível tanto à aferição da responsabilidade com base na teoria subjetiva como objetiva."

30. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 408.

31. Exemplificativamente: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0024.05.627783-3/002, Belo Horizonte. Relator Desembargador Lucas Pereira. Julgamento em 1º de junho de 2006. "Responsabilidade Civil – Indenização – Danos morais – Cesariana – Perfuração de bexiga – Negligência – Prova – Médico – Hospital – Operadora de plano de saúde – Responsabilidade solidária. Resta configurada a legitimidade passiva do hospital para as ações de indenização propostas em face de suposto erro de médico integrante do seu corpo clínico, tendo em vista que cabe ao hospital zelar pela eficiência dos serviços prestados, principalmente, considerando-se a confiança depositada pelo paciente no hospital. As fornecedoras de plano de saúde são partes legitimadas passivas para responder por erros médicos atribuídos a médicos vinculados a ela, mormente em ocorrendo a suposta conduta antijurídica no hospital por ela credenciado, tendo em vista a sua obrigação de zelar pela qualidade e eficiência dos serviços médicos contratados e colocados à disposição do paciente. Para a responsabilização do médico por dano causado a paciente, faz-se necessário que resulte devidamente comprovado pelo autor da pretensão que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia por parte do médico. Nestes casos, o médico e a instituição que fornece os planos de saúde respondem solidariamente pela deficiência do serviço custeado pelo plano."

32. A Teoria da Aparência surgiu no Direito Romano, em virtude de uma situação inusitada. O escravo Spartacus, passando-se por homem livre, foi eleito pretor do império da águia, razão pela qual praticou diversos atos administrativos em nome de Roma, como Editos, Decretos, Decisões entre outros. Descoberta a sua verdadeira condição de escravo, surgiu um impasse aos Romanos, povo eminentemente prático; ou anulava todos os atos, e haveria um caos social ou convalidava todos os atos efetuados por Spartcus. Prevaleceu a segunda orientação, com a edição da *Lex Barbarius,* dotando de validade e eficácia todos os atos praticados até então. Disponível em http://vickmature.blogspot.com/2007/11/teoria-da-aparncia-de-direito.html. Acesso 03 set. 2011, 11h50.

33. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 741.732, relatora Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma. Julgamento em 07 de maio de 2005. "Processual civil e tributário - Execução fiscal - Citação de pessoa jurídica - Teoria da aparência - Aplicação - Jurisprudência do STJ - art. 174 do CTN - Inocorrência

de um direito, quando, na verdade, não o é. O paciente é levado a acreditar, pelas circunstâncias, como aquela em que o médico atende no pronto-socorro de um hospital, que aquele seria preposto deste. Mesmo que assim não seja, o paciente, de boa fé, tomou por válida aquela situação.

Para aclarar e exemplificar a *Teoria da Aparência* transcrevemos trechos constantes de decisão do Superior Tribunal de Justiça que relatam situação fática inseridas em acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que se amoldam ao aqui afirmado:

> [...] 2. No caso em exame, a autora, ora recorrida, estudante de direito e administradora de restaurante, moveu ação de reparação de danos contra o hospital, com fundamento nos arts. 20 e 14 do Código de Defesa do Consumidor (vício do serviço e fato do serviço), contra o Hospital Barra D'Or alegando que no dia 16.1.2001, *"confiante na reputação do réu, que se apresenta como um "centro de excelência nacional nas áreas de cirurgia cardíaca, neurologia e emergência"* (fls. 3), foi atendida na Unidade de Emergência do aludido hospital, com quadro de febre, cefaleia frontal e dor torácica forte, relacionada com movimentos de inspiração profunda, foi nele internada com forte cefaleia e que, após avaliação médica, realizada pela médica Dra. Julian Damasceno da Silva, extraídas radiografias, dispensando laudo radiológico, em menos de duas horas foi liberada com diagnóstico de simples resfriado mediante receita de medicação analgésica, mas que, *"sem embargo, o estado de saúde da Autora piorou sensível e, rapidamente, sendo necessária sua internação, dias depois, às pressas, no Hospital Rio Mar (...), onde, após os exames e análises adequados, foi constatado que a paciente apresentava nada menos do que pneumonia dupla"* (fls. 3), o que *"podia ser facilmente constatado pelo seu próprio laudo radiológico, não fosse inexplicavelmente prescindido na formulação do diagnóstico"*, sendo que, *"houvesse uma intervenção adequada (...), seu estado clínico – já grave – não teria alcançado desdobramentos ainda maiores"*, com a autora, *"pessoa jovem, com excelente histórico clínico, foi compelida a permanecer internada por sete dias, com posterior fisioterapia por alguns meses (fls.8), correndo sério risco de vida e encarando, inclusive, a possibilidade de vir a perder um de seus pulmões"* e donde ter tido, ainda, *"de arcar com todas as despesas médicas decorrentes do evento, além de se ver obrigada a paralisar suas atividades habituais, dentre elas o estudo, o estágio forense e a administração do restaurante "Mama Ángela", mesmo após o período de internação, vez que o risco de perder um dos pulmões permanecia"* (fls. 3/4). (sic) [...]

---

de prescrição. 1 - Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência pacificada nesta Corte, no sentido de adotar-se a Teoria da Aparência, reputando-se válida a citação da pessoa jurídica quando esta é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa e recebe citação sem ressalva quanto à inexistência de poderes de representação em juízo. Aplicação da súmula 83/STJ."

5. Ainda sobre essa primeira questão, no que se refere ao dissídio jurisprudencial apontado, cumpre salientar que o colegiado de origem concluiu que (fls. 543): *A 2ª Apelante não procurou o serviço de um determinado profissional,* mas daquele que reputava competente dentro de um conceituado hospital. *Em consequência, a contratação ocorreu com o hospital, prestador do serviço de saúde, que responde objetivamente pelos danos causados, nos termos da Lei n.º 8.078/90.* (gr)

Dessa forma, restou firmado que a recorrida buscou o atendimento de emergência oferecido pela recorrente em virtude do notório renome da recorrente – renome esse, entretanto, que não pode servir de broquel a responsabilidade por falhas eventualmente ocorridas, as quais podem acontecer inclusive em entidades prestadoras dos melhores serviços. (gr)

Ressalte-se, ainda, que, nas relações de consumo devem ser prestigiados os princípios que norteiam o direito consumerista, entre os quais: a boa fé objetiva, a transparência e a confiança, sendo certo que constitui direito essencial do consumidor a proteção à saúde e à segurança, aplicando-se às relações consumeristas o princípio da legítima expectativa, segundo o qual os serviços oferecidos no mercado devem atender à expectativa de segurança dos consumidores.

6. A segunda questão diz respeito à responsabilidade objetiva do hospital procurado pela autora e a cujo corpo clínico pertencia o profissional médico que prestou atendimento deficiente – profissional, repita-se, no caso, não escolhido personalizadamente pela paciente, que escolheu apenas o hospital, fiando em seu renome de boa qualidade. (gr)

A ação foi movida contra o hospital, apontando responsabilidade objetiva, isto é, responsabilidade do hospital por vício do serviço (CDC, art. 20) e fato do serviço (CDC, art. 14). Não foi movida contra o profissional médico atendente, a quem também não foi denunciada a lide.[34] (gr)

---

34. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 696.284, relator Ministro Sidnei Beneti. 3ª Turma. Julgamento em 03 de dezembro de 2009. Recurso Especial: 1) Responsabilidade civil - Hospital – Danos materiais e morais - Erro de diagnóstico de seu plantonista - Omissão de diligência do atendente - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; 2) Hospital - Responsabilidade - culpa de plantonista atendente, integrante do corpo clínico - Responsabilidade objetiva do hospital ante a culpa de seu profissional; 3) Médico - Erro de diagnóstico em plantão – Culpa subjetiva - Inversão do ônus da prova aplicável - 4) Acórdão que reconhece culpa diante da análise da prova - Impossibilidade de reapreciação por este Tribunal - Súmula 7/STJ. 1. - Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII). 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente

Não há que se falar na inversão automática e obrigatória do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, nas ações que discutem "erro médico", devendo a sua análise e deferimento (ou não) ficar ao critério do magistrado, a partir da análise das circunstâncias e da verossimilhança das alegações no caso concreto[35], além da presença de requisitos legais.

A inversão do ônus da prova, nestes casos e ainda que caracterizada a relação de consumo entre o paciente e o hospital e entre aquele e o médico, é exceção, e não regra, pois incumbe ao autor, como regra geral, o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, conforme prevê o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

O Desembargador Mário de Oliveira, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afirmou que "O critério de inversão do ônus da prova, a par de exigir a presença de vários elementos, não pode exsurgir como substituto do dever da parte de comprovar suas alegações". Convém destacar que 'Mesmo caracterizada relação de consumo, **o ônus da prova só há de ser invertido quando a parte requerente tiver dificuldades para a demonstração de seu direito dentro do que estabelecem as regras processuais comuns, ditadas pelo art. 333 e incisos, presentes a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência**'. (JTAERGS 102/213) – CPC Comentado - Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, 40ª. edição, Ed. Saraiva, nota 2 ao artigo 333)."[36] (negrito no original)

6. O ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DAS RESPONSABILIDADES OBJETIVA E SUBJETIVA

A responsabilidade civil do médico exige a verificação de existência da culpa, ou seja, ela é subjetiva[37]. No caso concreto em que se discute eventual

---

o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido

35. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70016306219, relator Desembargador Pedro Luiz Rodrigues Bossle. 5ª. Câmara Cível. Julgamento em 23 de agosto de 2006. "Responsabilidade Civil. Ação de indenização. Danos morais e materiais. Erro médico. Legitimidade passiva do hospital. Reconhecimento. Inversão do ônus da prova. Desnecessidade, no caso concreto. Erro médico. Não-configuração. Cicatriz da autora ocasionada por complicações não decorrentes da cirurgia. Infecção hospitalar. Não-comprovação. Mau atendimento. Inocorrência. Indenização. Descabimento. Apelação improvida." (sic)

36. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação n. 9185213-87.2004.8.26.0000, relator Desembargador Mário de Oliveira. Julgamento em 07 de fevereiro de 2011.

37. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.078.057, relator Ministro João Otávio Noronha. Julgamento em 10 de fevereiro de 2009. "[...] Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência, entre as possibilidades de que dispõe o profissional no seu meio de atuação, em auxílio do paciente. Não se pode olvidar que, mesmo que os profissionais envolvidos empreguem toda sua

"erro" praticado pelo médico, deve o autor da ação provar que ele teria agido com negligência, imprudência ou imperícia, que não tenha utilizado todos os meios que lhe estavam disponíveis e/ou que não tenha esgotado as diligências que lhe eram solicitadas, diante da situação concreta. É o que prevê o Código de Defesa do Consumidor no art. 14, § 4º.[38]

A responsabilidade civil do hospital[39] pelo "erro" cometido pelo médico nas suas dependências, por outro lado, até então dispensava a investigação da sua culpa, ou seja, objetiva[40] [41]. É o que prevê o Código de Defesa do

diligência no ato, ainda assim podem advir reações imprevisíveis e situações inesperadas. Não podendo o médico assumir o compromisso com um resultado específico (exceto quando se tratar de cirurgia estética), outra não pode ser a teoria da responsabilidade que não a subjetiva, devendo-se averiguar se houve culpa do profissional. [...] Portanto, a responsabilização do médico pressupõe o estabelecimento do nexo causal entre causa e efeito da falta médica. Como afirmei, o acórdão recorrido passou ao largo dessa questão, considerando a responsabilidade em questão como sendo objetiva. A isso acrescente-se que a alegação de erro médico deve ter suporte em prova técnica, pois, sendo o julgador leigo no assunto, tem de trazer a si elementos especializados que deem embasamento ao julgado. Todavia, verifica-se que o acórdão recorrido considerou os fatos de forma diametralmente oposta às conclusões da prova pericial e não embasou a condenação em quaisquer outros tipos de provas. Todos esses fatos indicam a necessidade de reforma do julgado, porquanto, se não apurada exatamente em que consiste a culpa do recorrente quanto ao dano apontado - lesão cerebral -, as normas contidas nos artigos 186 e 951 do Código Civil desservem ao fim de sustentar uma condenação."

38. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/91. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

39. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 519.310, relatora Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgamento em 20 de abril de 2004. "[...] Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração. Recurso especial conhecido e provido."

40. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.184.128, relator Ministro Sidnei Beneti. 3ª Turma. Julgamento em 08 de junho de 2010. Recurso Especial: 1) Responsabilidade civil - Erro de diagnóstico em plantão, por médico integrante do corpo clínico do hospital - responsabilidade objetiva do hospital; 2) culpa reconhecida pelo Tribunal de origem - 3) Teoria da perda da chance - 4) Impossibilidade de reapreciação da prova pelo STJ - Súmula 7/STJ. 1.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 3.- Recurso Especial do hospital improvido.

41. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 696.284, relator Ministro Sidnei Beneti. 3ª Turma. Julgamento em 03 de dezembro de 2009. Recurso Especial: 1) Responsabilidade civil - Hospital – Danos

Consumidor no *caput* do art. 14.[42] E a situação assim era tida pelos doutrinadores.[43] [44]

Acontece que o Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados acerca do apelidado "erro médico", tem decidido que há que se separar a atuação do médico e do hospital e verificar qual foi a origem e a causa do alegado dano produzido ao paciente.

Esta separação passa necessariamente pela análise do vínculo[45] do relacionamento jurídico havido (ou existente) entre o médico e o hospital, qual seja, a de empregado, preposto, prestador de serviços por meio de pessoa jurídica ou de mera cessão (onerosa ou não), por este, das suas dependências para que

---

materiais e morais - Erro de diagnóstico de seu plantonista - Omissão de diligência do atendente - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; 2) Hospital - Responsabilidade - Culpa de plantonista atendente, integrante do corpo clínico - Responsabilidade objetiva do hospital ante a culpa de seu profissional; 3) Médico - Erro de diagnóstico em plantão – Culpa subjetiva - Inversão do ônus da prova aplicável - 4) Acórdão que reconhece culpa diante da análise da prova - Impossibilidade de reapreciação por este Tribunal - Súmula 7/STJ. 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII). 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido.

42. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/91. "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

43. FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 9ª ed., rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 81. "Quando se tratar de assistência médica prestada pelo hospital, como fornecedor de serviços, a apuração da responsabilidade independe da existência de culpa (princípio da responsabilidade sem culpa). Basta o nexo causal e o dano sofrido. [...] Destarte, fica bem claro que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema fundado na culpa, enquanto a responsabilidade civil das empresas seria avaliada pela teoria objetiva do risco, tendo no montante do dano o seu elemento de arbitragem."

44. BENJAMIN, Herman de Vasconcelos. *Comentários ao Código do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 80. "O Código é claro ao asseverar que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado na culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente."

45. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 764.001, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. 4ª Turma. Julgamento em 04 de fevereiro de 2010. "Civil e processual. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Erro médico. Responsabilidade do hospital. I. Restando inequívoco o fato de que o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde realizado o procedimento cirúrgico, não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória. (Precedente: 2ª Seção, Resp. 908359/SC, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 17/12/2008).II. Recurso especial não conhecido.

aquele desenvolvesse sua profissão.

O hospital será responsabilizado de forma objetiva, ou seja, sem a necessidade de aferição de sua culpa, apenas no caso de os serviços por ele diretamente disponibilizados ao paciente, não relacionados à atividade médica, forem falhos e produzirem algum dano a este. Tais serviços[46] são aqueles relacionados diretamente com fatos e circunstâncias do próprio estabelecimento (o hospital), quais sejam: questões que digam respeito à estadia do paciente (internação[47]), instalações, infecção hospitalar[48] [49] (como contaminação ou

46. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 951.251, relator Ministro Castro Meira. Julgamento em 22 de abril de 2009. "Processual civil e tributário. Imposto de renda. Lucro presumido. Contribuição social sobre o lucro. Base de cálculo. arts. 15, § 1º, III, "a", e 20 da Lei nº 9.249/95. Serviço hospitalar. Internação. Não-obrigatoriedade. Interpretação teleológica da norma. Finalidade extrafiscal da tributação. Posicionamento judicial e administrativo da União. Contradição. Não-provimento. [...] *5. Deve-se entender como "serviços hospitalares" aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde. Em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos.* 6. Duas situações convergem para a concessão do benefício: a prestação de serviços hospitalares e que esta seja realizada por instituição que, no desenvolvimento de sua atividade, possua custos diferenciados do simples atendimento médico, sem, contudo, decorrerem estes necessariamente da internação de pacientes. 7. Orientações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal contraditórias. 8. Recurso especial não provido." (gr) A posição deste julgamento foi mantida pelo Recurso Especial n. 1.116.399-BA (julgado em 02 de junho de 2011) e nos Agravos Regimentais nos Recursos Especiais nºs 1.246.825-DF (julgado em 24 de maio de 2011) e 1.219.675-RJ (julgado em 15 de março de 2011).

47. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 629.212, relator Ministro César Asfor Rocha. 4ª Turma. Julgamento em 15 de maio de 2007. "Responsabilidade Civil. Consumidor. Infecção hospitalar. Responsabilidade objetiva do hospital. Art. 14 do CDC. Dano moral. Quantum indenizatório. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal a quo não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo. Recurso especial não conhecido."

48. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 116.372, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 11 de novembro de 1997. "Responsabilidade civil. Indenização por danos sofridos em consequência de infecção hospitalar. Culpa contratual. Danos moral e estético. Cumulabilidade. Possibilidade. Precedentes. Recurso desprovido. I - Tratando-se da denominada infecção hospitalar, há responsabilidade contratual do hospital relativamente à incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para seu adequado tratamento e recuperação, não havendo lugar para alegação da ocorrência de «caso fortuito», uma vez ser de curial conhecimento que tais moléstias se acham estreitamente ligadas à atividade da instituição, residindo somente no emprego de recursos ou rotinas próprias dessa atividade a possibilidade de prevenção. II - Essa responsabilidade somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento especifico e determinado. III - Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das turmas que integram a seção de direito privado deste Tribunal as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, se inconfundíveis suas causas e passiveis de apuração em separado.

49. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 451.297, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julgamento em 10 de dezembro de 2002. "Por outro lado, ressalte-se que a infecção hospitalar está estreitamente ligada à atividade médica e, diante disso,

infecção em serviços de hemodiálise, p.ex.), indisponibilidade de equipamentos avariados, serviços auxiliares (enfermagem, exames radiologia etc.), más condições de higiene, ministração de medicamentos estragados, aplicação de remédios equivocados por parte do corpo de enfermagem, instrumentalização cirúrgica inadequada ou danificada[50] e infindável série de fatos adversos ao atendimento esperado.[51]

Provado que o médico agiu com culpa[52] e ficando estabelecida a sua responsabilidade subjetiva, ao hospital será aplicada a teoria da responsabilidade objetiva somente se ele também agiu com culpa na disponibilização

---

é dever dos estabelecimentos hospitalares zelar pela incolumidade de seus pacientes e arcar com formas de prevenção que se apresentem eficazes."

50. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.019.404, relator Ministro João Otávio de Noronha. 4ª Turma. Julgamento em 22 de março de 2011. "Processo civil e civil. Indenização. Danos morais. Erro médico. Violação dos arts. 131 e 458 do CPC. Inexistência. Responsabilidade do hospital afastada. Comprovação do dano. Súmula n. 7/STJ. Quantum indenizatório. Revisão. Impossibilidade. Divergência jurisprudencial. Bases fáticas distintas. 1. Não há por que falar em violação dos arts. 131 e 458 do CPC quando o acórdão recorrido dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com a clínica - seja de emprego, seja de mera preposição -, não cabe atribuir ao hospital a obrigação de indenizar. 3. É inviável, em sede de recurso especial, revisar a orientação perfilhada pelas instâncias ordinárias quando alicerçado o convencimento do julgador em elementos fático-probatórios presentes nos autos - interpretação da Súmula n. 7 do STJ. 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido."

51. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 696.284, relator Ministro Sidnei Beneti. Julgamento em 03 de dezembro de 2009. "Recurso Especial: 1) Responsabilidade civil - Hospital – Danos materiais e morais - Erro de diagnóstico de seu plantonista - Omissão de diligência do atendente - aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; 2) Hospital - Responsabilidade - culpa de plantonista atendente, integrante do corpo clínico - Responsabilidade objetiva do hospital ante a culpa de seu profissional; 3) Médico - Erro de diagnóstico em plantão – Culpa subjetiva - Inversão do ônus da prova aplicável - 4) Acórdão que reconhece culpa diante da análise da prova - Impossibilidade de reapreciação por este Tribunal - Súmula 7/STJ. 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII). 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido."

52. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70026181198, Relatora Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgamento em 17 de dezembro de 2008. "A responsabilidade do estabelecimento hospitalar, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico. Ou seja, mesmo que se desconsidere a atuação culposa da pessoa jurídica, a responsabilização desta depende da atuação culposa do médico, sob pena de não haver o dito erro médico indenizável."

dos serviços de sua competência, hipótese em que o estabelecimento será condenado a indenizar o paciente e/ou seus familiares solidariamente com o médico. Excluída a culpa dos médicos (prepostos), consequente e necessariamente deverá haver a exclusão da culpa do hospital (preponente), pois a responsabilidade deste somente se configura quando comprovada a culpa daquele.[53]

Eis exemplos de aplicação deste entendimento:

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO E POR DEFEITO NO SERVIÇO. SÚMULA 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 334 E 335 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REDIMENSIONAMENTO DO VALOR FIXADO PARA PENSÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O VALOR DA INDENIZAÇÃO.
>
> 1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: (i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);
>
> (ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano; (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).
>
> 2. No caso em apreço, as instâncias ordinárias entenderam pela imputação de responsabilidade à instituição hospitalar com base em dupla causa: (a) a

53. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 351.178, relator Ministro Massami Uyeda, relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha. 4ª Turma. Julgamento em 24 de junho de 2008.

ausência de médico especializado na sala de parto apto a evitar ou estancar o quadro clínico da neonata – subitem (iii); e (b) a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, haja vista a ausência de vaga no CTI e a espera de mais de uma hora, agravando consideravelmente o estado da recém-nascida, evento encartado no subitem (i).[...][54]

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA PLÁSTICA. ERRO MÉDICO. DEFEITO NO SERVIÇO PRESTADO. CULPA MANIFESTA DO ANESTESISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CHEFE DA EQUIPE E DA CLÍNICA.

1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.

2. Em regra, o cirurgião chefe dirige a equipe, estando os demais profissionais, que participam do ato cirúrgico, subordinados às suas ordens, de modo que a intervenção se realize a contento.

3. No caso ora em análise, restou incontroverso que o anestesista, escolhido pelo chefe da equipe, agiu com culpa, gerando danos irreversíveis à autora, motivo pelo qual não há como afastar a responsabilidade solidária do cirurgião chefe, a quem estava o anestesista diretamente subordinado.

4. Uma vez caracterizada a culpa do médico que atua em determinado serviço disponibilizado por estabelecimento de saúde (art. 14, § 4º, CDC), responde a clínica de forma objetiva e solidária pelos danos decorrentes do defeito no serviço prestado, nos termos do art. 14, § 1º, CDC.

5. Face as peculiaridade do caso concreto e os critérios de fixação dos danos morais adotados por esta Corte, tem-se por razoável a condenação da recorrida ao pagamento de R$100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.[55]

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO PARTICULAR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*.

1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços

54. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.145.728, relator Ministro João Otávio Noronha. 4ª Turma. Julgamento em 28 de junho de 2011.

55. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 605.435, relator Ministro João Otávio de Noronha. 4ª Turma. Julgamento em 22 de setembro de 2009.

defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes.
2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo *caput* do art. 14 do CDC.
3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento.
4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas.
5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor.
6. Admite-se a denunciação da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes.
7. Recurso especial parcialmente provido.[56]

O eventual "erro" praticado diretamente pelo médico[57], durante o exercí-

56. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.216.424, relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgamento em 09 de agosto de 2011.

57. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 721.956, relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª R.). Julgamento em 07 de agosto de 2008. "Processo civil. Ação indenizatória. Infecção hospitalar por culpa dos médicos. Responsabilidade subjetiva. Comprovação de culpa. Impossibilidade de reexame de provas. Incidência da Súmula 07 do STJ. Dissídio jurisprudencial não comprovado. 1. Em casos como o dos autos, esta eg. Corte tem entendimento firmado no sentido de que a responsabilidade do hospital é subjetiva. 2. A pretensão recursal objetiva o reconhecimento da responsabilidade do recorrido pelo infortúnio, com a conseqüente verificação do nexo causal e reversão da conclusão exposta no aresto impugnado, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, conforme a orientação da Súmula 7/STJ. 3. Para a comprovação e apreciação da divergência jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais dos julgados trazidos ou citado repositório oficial de jurisprudência. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." Consta do voto do relator, cuja transcrição aqui é feita para melhor elucidar a situação específica: "O *decisum* ora agravado assim fundamentou o desprovimento do agravo de instrumento: *O acórdão proferido pelo Tribunal a quo concluiu pela inexistência de nexo de causalidade entre a conduta do recorrido e infecção que acometeu*

cio da sua atividade técnico-profissional autônoma, não pode ser debitado ao hospital, cabendo ao próprio médico o ressarcimento do dano eventualmente causado ao paciente.[58]

É neste sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça em acórdão assim ementado, em 2005:

> CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF *(É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.)*.
>
> 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.
>
> 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia

---

o recorrente. Assim, observa-se que, de fato, a pretensão recursal objetiva o reconhecimento da responsabilidade do recorrido pelo infortúnio, com a conseqüente verificação do nexo causal e reversão da conclusão exposta no aresto impugnado. Tal consideração exige, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, conforme a orientação da Súmula 7/STJ, in verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." Demais disso, alegou o recorrente que o dano "decorreu do serviço mal prestado pelo médico, que não receitou antibióticos para a cura da infecção, comprovando sua negligência no dever de cuidado que deve ter com os pacientes" (fl. 924). Oportuno observar que, em casos como o dos autos, esta eg. Corte tem entendimento firmado no sentido de que a responsabilidade do hospital é subjetiva, carecendo de comprovação da sua culpa." [...]

58. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 764.001, relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgamento em 04 de fevereiro de 2010. "Civil e processual. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Erro médico. Responsabilidade do hospital. Restando inequívoco o fato de que o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde realizado o procedimento cirúrgico, não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória."

> do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).
> 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.[59]

Em outros julgamentos realizados pelo mesmo Tribunal Superior a linha de decisão adotada foi a mesma:

> RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. COMPLICAÇÕES DECORRENTES DE ANESTESIA GERAL. PACIENTE EM ESTADO VEGETATIVO.
> 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento.
> Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.
> 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.
> No entanto, se, na ocorrência de dano, tal como o que sucedeu nos autos, impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente

59. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 258.389, relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 16 de junho de 2005.

sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.
3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.
O conceito de preposto não se amolda a um simples cadastro, vai bem além, pois pressupõe que uma pessoa desenvolva atividade no interesse de outra, sob suas instruções, havendo, portanto, caráter de subordinação.
4. Recursos especiais não-conhecidos.[60]

PROCESSO CIVIL E CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 131 E 458 DO CPC. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL AFASTADA. COMPROVAÇÃO DO DANO. SÚMULA N. 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. BASES FÁTICAS DISTINTAS.
1. Não há por que falar em violação dos arts. 131 e 458 do CPC quando o acórdão recorrido dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.
2. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com a clínica - seja de emprego, seja de mera preposição -, não cabe atribuir ao hospital a obrigação de indenizar.
3. É inviável, em sede de recurso especial, revisar a orientação perfilhada pelas instâncias ordinárias quando alicerçado o convencimento do julgador em elementos fático-probatórios presentes nos autos - interpretação da Súmula nº 7 do STJ.
4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido.[61]

60. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 351.178, relator Ministro Massami Uyeda. Relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 24 de junho de 2008. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 908.359, relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 27 de agosto de 2008.
61. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.019.404, relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 22 de março de 2011.

7. A (NÃO) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL EM RAZÃO DO "ERRO" COMETIDO PELO MÉDICO

Uma vez comprovada a culpa do médico e, portanto, patente a existência de responsabilidade subjetiva, é necessário averiguar se o hospital responde solidariamente pelo defeito no serviço prestado por aquele profissional a partir da análise da relação jurídica e do vínculo de subordinação mantida entre eles.

Em julgamentos de 2001, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que "Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam"[62] e que "A Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória movida por associada em face de erro médico originário de tratamento pós-cirúrgico realizado com médico cooperativado."[63]

Referido Tribunal tem discutido, em algumas decisões, o significado jurídico da forma de vinculação do médico ao corpo clínico do hospital e o alcance jurídico da observância, por aquele, do regimento interno deste. Examina-se, em última análise, a eventual existência de "subordinação" do médico ao hospital em razão da necessidade de seguimento, por aquele, de regras legais e internas[64] para atuar nas dependências do estabelecimento de

62. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 138.059, relator Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma. Julgamento em 13 de março de 2001.

63. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 309.760, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma. Julgamento em 06 de novembro de 2001.

64. A Ministra Nancy Andrighi fez constar no voto proferido no Recurso Especial nº 1.216.424, do qual foi relatora: "[...] Para que os médicos possam utilizar as instalações de qualquer estabelecimento hospitalar, ainda que para a realização apenas de procedimentos particulares e internação, é sabido que os hospitais exigem a autorização da administração ou do conselho, o que pode incluir avaliação do currículo do médico e apresentação de indicações desse profissional. Esse "processo de credenciamento" está regulado na Res. 1.124/83 do Conselho Federal de Medicina, que determina que cada estabelecimento de saúde tenha um regimento interno, aprovado pelo conselho regional de medicina da respectiva jurisdição, que estruture o corpo clínico e determine a forma de admissão e exclusão de seus membros. Embora cada hospital estabeleça os requisitos que serão exigidos para a admissão em seu estabelecimento, os conselhos regionais de medicina orientam a formulação do regimento interno do corpo clínico por meio de resoluções próprias sobre o assunto (exemplos: Res. 04/2004 CRM-RS e Res. 18/1986 CRM-PR). Dessa forma, ainda que o processo de admissão no corpo clínico, que permite que médicos utilizem as dependências dos hospitais e internem seus pacientes, não constitua vínculo empregatício do Hospital com o profissional de saúde, visa, justamente, destacar os profissionais que considera habilitados para exercer a medicina na sua sede. Observa-se, pois, que o hospital atua ativamente na escolha dos profissionais que exercem suas atividades dentro do seu estabelecimento, especialmente na hipótese em análise, haja vista que, segundo o próprio recorrente, o hospital não possui um corpo clínico próprio, sendo que todos os médicos que lá atuam são profissionais liberais que não possuem

saúde e, a partir daí, de vinculação jurídica entre as partes.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 908.359,[65] a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça afastou a responsabilidade objetiva dos hospitais pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Consta da ementa deste caso que

> [...] a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. [...] O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.

Consta do julgamento de outro Recurso Especial, o de nº 351.178,[66] cuja ementa é praticamente a mesma acima parcialmente transcrita, que "O conceito de preposto não se amolda a um simples cadastro, vai bem além, pois pressupõe que uma pessoa desenvolva atividade no interesse de outra, sob suas instruções, havendo, portanto, **caráter de subordinação.**" (grifo no original). Neste caso específico, julgado em 24 de junho de 2008, a responsabi-

---

vínculo empregatício com a instituição (e-STJ fls. 249). Nessas circunstâncias, portanto, há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar em suas dependências, motivo pelo qual não é jurídico analisarmos o serviço desenvolvido pelo estabelecimento de saúde como sendo totalmente independente dos procedimentos realizados pelos médicos." Eis parte do voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no mesmo processo: "De outra parte, cumpre observar que a aferição da responsabilidade do hospital pelo cadastramento ou credenciamento de médicos aptos a utilizar suas instalações dependeria da comprovação de culpa *in eligendo*, a ser verificada em cada caso concreto. Isto é, ainda que comprovado o erro do médico, não pode o hospital ser responsabilizado incondicional e automaticamente pelo credenciamento do profissional se não houver evidência de que agiu com culpa nesse procedimento, ou, em outras palavras, que violou de algum modo o dever de cuidado imposto pelas normas editadas pelos conselhos de medicina para o credenciamento de médicos em nosocômios. Ao não ficar caracterizada a desobediência de tais normas ou a incúria com os critérios nelas erigidos, não há como responsabilizar o hospital pelo simples cadastramento de médico."

65. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 908.359, relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 27 de agosto de 2008.

66. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 351.178, relator Ministro Massami Uyeda. Relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma. Julgamento em 24 de junho de 2008.

lidade solidária do hospital foi afastada, restando vencido o relator, Ministro Massami Uyeda.

Não se pode ignorar, por importantes, os argumentos defendidos pela Ministra Nancy Andrighi no sentido da configuração da solidariedade entre médico e hospital quando presente a "cadeia de fornecimento do serviço", que "se caracteriza, na sociedade atual, por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, com vários atores para a realização adequada de um mesmo objetivo: o serviço contratado pelo consumidor, o qual, muitas vezes, sequer visualiza a conexidade e complexidade dessas relações."[67] [68]

As decisões do Superior Tribunal de Justiça estão se alinhando no sentido de afastar a responsabilidade objetiva dos hospitais no tocante à sua vinculação ao desempenho da atividade profissional pelo médico e restringindo a aplicação daquela somente nos casos de comprovada deficiência dos serviços estruturais disponibilizados ao paciente.

Havendo, eventualmente, a condenação do hospital em razão da comprovação da culpa subjetiva do médico, o estabelecimento poderá cobrar o valor que foi obrigado a desembolsar diretamente do causador do dano, por meio de ação de regresso.

É certo que, nas relações de consumo, a denunciação da lide é vedada no que diz respeito à responsabilidade pelo fato do produto (art. 13, do CDC). Porém, ela é admitida nos casos de defeito no serviço (art. 14, do CDC), desde que sejam preenchidos os requisitos do artigo 70 do Código de Processo Civil.[69]

8. A VALORAÇÃO DO DANO MORAL

A valoração do dano moral intrínseco nas ações que discutem a eventual ocorrência de "erro médico" atormenta os tribunais, diante da inexistência de lei que trate do assunto e da dificuldade de se aferir o sofrimento (insuscetível de avaliação) inerente à perda de uma vida humana ou da inutilização de um

67. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 908.359, relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 27 de agosto de 2008.

68. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.216.424, 3ª Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 09 de agosto de 2011.

69. Nesse sentido são os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº 1.123.195-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em 16/12/2010, DJ 03/02/2011; Recurso Especial nº 1.024.791-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgado em 05/02/2009, DJ 09/03/2009; Recurso Especial nº 439.233-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgado em 04/10/2007, DJ 22/10/2007; Recurso Especial nº 741.898/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 15/12/2005, DJ 20/11/2006; tudo conforme consta do Recurso Especial nº 1.216.424, 3ª Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 09 de agosto de 2011.

de seus membros anatômicos.

Eventual condenação deste tipo deve ser fixada por arbitramento, conforme aponta a doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

> Por se tratar de arbitramento fundado exclusivamente no bom senso e na equidade, ninguém além do próprio juiz está credenciado a realizar a operação de fixação do *quantum* com que se reparará a dor moral.
> Está, portanto, solidamente estabelecido na doutrina que, não apenas o poder de decidir sobre a existência e configuração do dano moral e do nexo causal entre ele e a conduta do agente, mas também e sobretudo, a sua quantificação, correspondem a temas que somente podem ser confiados às mãos do julgador e ao seu prudente arbítrio (AMARANTE, ob. cit., p. 276; CASTRO Y BRAVO, ob. cit., loc. cit.).[70] (grifos no original)

No arbitramento do dano moral, o juiz deverá ter em conta, dentre outros aspectos, a) a posição social e econômica do ofensor e do ofendido, b) o grau de culpabilidade do ofensor e c) a profundidade dos reflexos do dano. Ensina Caio Mário da Silva que

> A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.[71]

O Judiciário não pode se omitir em decidir as questões que lhe são postas pela sociedade. Assim é que o Superior Tribunal de Justiça atraiu para si a responsabilidade de (re)definir o valor do dano moral a ser pago pela parte condenada em ações de responsabilidade civil quando a quantia definida nas instâncias inferiores se mostrar ínfima, excessiva, ou "incapaz de punir adequadamente o autor do ilícito e de indenizar satisfatoriamente os prejuízos extrapatrimoniais sofridos."

E ele assim o faz com base em parâmetros de razoabilidade, proporcionalidade (da compensação em relação ao sofrimento) e "exemplaridade da pu-

---

70. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*, 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 34/35.

71. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, n° 49, 4ª ed., 1993. p. 60. *In* Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70012188926, relator Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Julgamento em 06 de outubro de 2005.

nição do ofensor para evitar novo ato danoso",[72] constantes de precedentes, para "indicar situações semelhantes que possam servir de critérios, com vistas a uma solução mais uniforme e objetiva."[73]

No julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 351.178, trouxe-se à baila o precedente constante do Recurso Especial nº 880.349[74], no qual houve óbito do paciente por reconhecido erro de anestesia, tendo sido fixada a indenização em R$ 30.000,00 para cada autor da ação (esposo e os três filhos do paciente). Neste caso, a vítima tinha 40 anos de idade e ficou em coma por 3 deles, em estado vegetativo. Nos Embargos em questão, entendeu-se por bem equalizar a situação aos precedentes da Corte e reduziu-se a condenação de R$ 830.000,00 para R$ 50.000,00, que é o valor entendido como suficiente para "indenização por morte" pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme consta do voto do relator, Ministro João Otávio de Noronha, que foi acompanhado pelos demais Ministros.

Noutra situação, em que houve óbito de chefe de família, o valor arbitrado foi de R$ 25.000,00 para cada autor. Afirmou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que

> "Na espécie, observando tais parâmetros, aliados aos fatos dos autos, especialmente quanto à situação sócioeconômica dos autores, sem deixar de atentar, de outro lado, para a proporção do dano causado, em virtude do falecimento do chefe da família, tenho por razoável fixar a condenação em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), sendo 1/4 (um quarto) para cada um

72. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.128.646, relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgamento em 18 de agosto de 2011.

73. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Apelação Cível nº 2003.007143-1, relator Desembargador Vanderlei Romer. Julgamento em 11 de dezembro de 2003.

74. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 880.349, relator Ministro Castro Filho, 3ª Turma. Julgamento em 26 de junho de 2007. "Direito Civil. Ação de indenização. Erro médico. Operação ginecológica. Morte da paciente. Verificação de conduta culposa do médico cirurgião. Necessidade de reexame de prova. Súmula 7/STJ. Danos morais. Critérios para fixação. Controle pelo STJ. I – Dos elementos trazidos aos autos, concluiu o acórdão recorrido pela responsabilidade exclusiva do anestesista, que liberou, precocemente, a vítima para o quarto antes de sua total recuperação, vindo ela a sofrer parada cardiorrespiratória no corredor do hospital, fato que a levou a óbito, após passar três anos em coma. A pretensão de responsabilizar, solidariamente, o médico cirurgião pelo ocorrido importa, necessariamente, em reexame do acervo fático-probatório da causa, o que é vedado em âmbito de especial, a teor do enunciado 7 da Súmula desta Corte. II – O arbitramento do valor indenizatório por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser majorado quando se mostrar incapaz de punir adequadamente o autor do ato ilícito e de indenizar satisfatoriamente os prejuízos extrapatrimoniais sofridos. Recurso especial provido, em parte."

dos autores, a ser atualizada a partir da data deste julgamento, quantia essa que se ajusta aos precedentes da Turma."[75]

Citam-se outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça, por amostragem, para demonstrar que dificilmente o valor da indenização supera o equivalente a cem salários mínimos: Recurso Especial nº 825.275[76]; Recurso Especial nº 1.097.955[77]. Recurso Especial nº 1.178.033[78]; Recurso

75. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 506.837, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª Turma. Julgamento em 5 de junho de 2003.

76. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 825.275, relator Ministro Fernando Gonçalves. 4ª Turma. Julgamento em 02 de fevereiro de 2010. "Hospital psiquiátrico. Paciente. Morte. Danos morais. Montante. Exagero. Redução. Possibilidade 1 - Nos termos do entendimento pacificado desta Corte, o montante indenizatório, fixado a título de danos morais, só se submete ao crivo deste Superior Tribunal de Justiça se for ínfimo ou exorbitante. 2 - No caso concreto, afigura-se exagerada a indenização em 1600 salários mínimos para cada recorrido, marido e filho da vítima, morta por outro paciente psiquiátrico, enquanto encontrava-se internada no hospital. 3 - Redução para o valor global de R$ 255.000,00 (duzentos e cinquenta e cinco mil reais) com juros da data do evento e correção desta data. 4 - Recurso especial conhecido e parcialmente provido."

77. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.097.955, relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgamento em 27 de setembro de 2011. "Processo civil e Civil. Responsabilidade civil. Médico. Cirurgia de natureza mista – estética e reparadora. Limites. Petição inicial. Pedido. Interpretação. Limites. 1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes. 2. Nas cirurgias de natureza mista – estética e reparadora –, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora. 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes. 5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes. 6. Recurso especial não provido." Destacou a Ministra relatora: "[...] Nesse aspecto, o valor arbitrado pelo Tribunal Estadual, correspondente a 85 salários mínimos, nem de longe se mostra excessivo à luz dos julgados desta Corte, a ponto de justificar a sua revisão. Aliás, além de o recorrente não ter trazido – como lhe competia – nenhum dissídio apto a demonstrar o suposto exagero do valor arbitrado, em consulta ao acervo de jurisprudência do STJ não encontrei nenhum caso recente de dano moral decorrente de erro médico cuja indenização tenha sido fixada abaixo dos 100 salários mínimos."

78. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.178.033, relator Ministro Raul Araújo. 4ª Turma. Julgamento em 14 de junho de 2011. "Recurso Especial. Indenização. Dano moral. Negligência médica. Cirurgia ortopédica. Majoração do valor da reparação. 1. Esta Corte pode revisar o valor da reparação por danos morais quando fixado, na origem, de forma manifestamente elevada ou ínfima. 2. No caso, em que se tem recurso apenas da autora da ação que traz pedido indenizatório decorrente de erro em cirurgia a que foi submetida, em razão de fratura no fêmur, o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) mostra-se ínfimo a justificar o reexame

Especial nº 1.294.915[79].

9. CONCLUSÃO

Constata-se pela análise da amplitude das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça que a tendência da Corte é no sentido de definir que a responsabilidade dos hospitais deve ser aferida a partir da verificação do dano provocado pela falha dos serviços (materiais, equipamentos etc.) que eles disponibilizam ao paciente, além de malefícios causados pontualmente pela equipe de profissionais composta por celetistas.

Em relação a eventual irregularidade aferida na conduta técnica e profissional do médico, caberá exclusivamente a este indenizar o paciente no caso de condenação advinda em razão da existência de dano, desde que fique comprovada a culpa (subjetiva) no seu proceder.

Não tendo o médico nenhuma vinculação com o hospital, nem empregatícia e nem de preposição, não cabe atribuir àquele a obrigação de indenizar em razão do mero exercício da prática médica nas suas dependências.

REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A Responsabilidade Civil do Médico – Uma Abordagem Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

BENJAMIN, Herman de Vasconcelos. *Comentários ao Código do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 1.931/09 - Código de Ética Médica.

BRASIL, Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. *O Médico e a Justiça* – um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. Coordenação institucional de Nacime Mansur e Reinaldo Ayer de Oliveira. São Paulo. 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed. v.I.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 9ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*: código civil e código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

por parte deste Tribunal. 3. Recurso especial conhecido e provido para fixar a reparação em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)."

79. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.294.915, relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). 3ª Turma. Julgamento em 08 de junho de 2010.

LEAL, Ana Cláudia da Silveira e SAMPAIO, Carlos. (org.) *Responsabilidade civil* (atividade médico-hospitalar). 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Esplanada, 1999.

MADRID, Nelson. *Fórum sobre o erro médico*. Associação Paulista de Medicina, Seção Regional de Limeira. 1ª ed. Limeira: edição própria, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, n° 49, 4ª ed., 1993.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil*: responsabilidade civil na área da saúde. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.



DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA: FUNDAMENTOS PARA A ACESSIBILIDADE (AOS SEUS DIREITOS) À LUZ DA INTERLOCUÇÃO ENTRE SAÚDE E DIREITO

GABRIEL SCHULMAN

Mestre em Direito, Docente na Universidade Positivo – PR.

"*O que seria de nós se não fôssemos obcecados pela pessoa humana*?"[1].

SUMÁRIO: 1. O diálogo entre Saúde e Direito. 2. A deficiência e seus significados. 3. Fundamentos da acessibilidade da pessoa com deficiência física (aos seus direitos). 4. Galgando os degraus da acessibilidade – saúde, educação e edificações. 5. Planos de saúde e as próteses. 6. Compreensão da função das normas protetivas: direitos implícitos a serem explicitados. 7. Direitos no trabalho: emprego de mecanismos para igualdade. 8. Regime tributário e isenção de impostos. 9. Previdência Social e Assistência Social. 10. Na trilha da efetividade: "novos velhos desafios" para inclusão e cidadania.

RESUMO: À luz do diálogo entre Saúde e Direito, cuida-se da tutela jurídica da pessoa com deficiência física, examinando-se os fundamentos da acessibilidade (aos seus direitos). Para tanto, analisa-se a legislação federal no que tange aos direitos à saúde, educação, inclusão e autonomia. De modo a atingir maior público (inclusive estudantes e familiares), empregou-se linguagem diferenciada. Reflete-se sobre o contraste entre a extensa quantidade de disposições legais e o improviso que culmina na falta de efetividade de direitos fundamentais, inclusive os decorrentes de convenções internacionais. Denuncia-se a discriminação no ambiente de trabalho, são tecidas considerações sobre a múltipla discriminação. Sugere-se a existência de direitos implícitos decorrentes dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, que impõem o dever de proteção para inclusão, concretizando o direito à cidadania, superando-se velhos preconceitos arraigados em nosso modelo cultural.

PALAVRAS-CHAVE: Deficiência física. Direitos. Proteção constitucional. Saúde. Múltipla discriminação.

1. O DIÁLOGO ENTRE SAÚDE E DIREITO

Em vista de seu caráter instrumental, a função da área jurídica consiste em

1. As palavras são do civilista argentino ITURRASPE, mas refletem e sintetizam o pensamento, assim como o modo de agir de incontáveis juristas. ITURRASPE, Jorge Mosset. Conferência de Encerramento. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *III Jornada de Direito Civil*. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). Palestra de abertura. Brasília: CJF, 2005. Agradeço, pela troca de ideias e sugestões na elaboração do presente texto aos professores e Alberto Vargas Patiño, Rafhael Wasserman e Sandro Romanelli.

colher na realidade concreta[2] as situações que exigem sua atenção, bem como a inspiração para se transformar.[3] Nesse horizonte, a presente reflexão tem por finalidade destacar alguns direitos da pessoa com deficiência física, cumprindo o papel de colaborar na orientação de pacientes, familiares, estudantes e profissionais do campo da Saúde e do Direito, assim como refletir sobre a (in)adequação da proteção conferida pela legislação.

O enfoque recai sobre a legislação federal, porque não haveria espaço para tratar da infinidade de portarias, resoluções, instruções normativas, bem como das leis estaduais e municipais que disciplinam o tema nas diversas esferas, com o que não se pretende subestimar a relevância do papel que tais normas exercem.

A exposição adota duas premissas fundamentais. Em primeiro, a importância do diálogo entre Saúde e Direito, tendo em conta que o seu destino comum, "direto e imediato, é a pessoa humana"[4]. Em segundo, prima-se pela recepção do princípio da dignidade da pessoa como norte da interpretação jurídica[5], de sorte a proteger a pessoa concreta[6], em suas múltiplas necessidades. Sob essas lentes, passa-se a analisar alguns direitos da pessoa com deficiência física.

2. A DEFICIÊNCIA E SEUS SIGNIFICADOS

O conceito de "deficiência física" não encontra uniformidade na legislação, identificando-se importantes variações. Exemplificativamente, confronte-se a Lei nº 8.742/1993 (Decreto nº 6.214/2007) e a Lei nº 8.989/1995 (analisadas com mais detalhe abaixo). A primeira lei define deficiência como incapacidade para "a vida independente e para o trabalho". A segunda aponta para condições específicas, como paraplegia e ausência de membro. De outro vértice, os documentos internacionais de proteção da pessoa com deficiência física têm chamado atenção para as "diversas barreiras [que] podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade", (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, art. 1º), inclusive aspectos ambientais e culturais, como se reitera adiante.

Para além das discussões conceituais, o espectro de proteção jurídica naturalmente dependerá dos efeitos da deficiência física, de suas características e do campo de sua aplicação (isenção de tributos, acesso à educação, etc.). Ilustrativamente, a lesão medular habitualmente conduz à perda de funcio-

2. GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da Modernidade*. 2ª ed. ver. ampl. Florianópolis: Fundação Boiutex, 2007.

3. GOMES, Orlando. *Transformações Gerais no Direito das Obrigações*. São Paulo: RT, 1976.

4. VADILLO, Enrique Ruiz. *Derecho y Salud*, Barcelona (Espanha), v. 1, n. 1, p. 1-2, jul./dez. 1993.

5. TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil:* estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2003.

6. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

nalidade e intensa dor. A severidade e efeitos das seqüelas, entretanto, são variáveis[7]. Nesse diapasão, salvo se evidente a deficiência física, o exercício de alguns direitos dependerá da avaliação do grau de restrição, das conseqüências e de sua comprovação.

Diante das controvérsias interpretativas, desde logo é preciso asseverar que a situação concreta deverá prevalecer em relação à literalidade da conceituação legal quando sua redação implicar injusta discriminação, inadequada restrição ou desproporcional falta de acesso. O conteúdo da lei não pode ser tomado friamente se essa leitura significar restrição desmotivada a direitos fundamentais, como se as regras jurídicas pudessem suprir uma limitação imposta pelo corpo (ou pelo ambiente), ou como se fosse possível atingir-se a cura pela norma legal. Destarte, é necessário esmero na tarefa de aproximar o sentido jurídico do *significado* da deficiência no mundo real.

Trata-se de posicionamento, que encontra lastro nos princípios constitucionais, bem como na definição de deficiência estabelecida pela "Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência" – que compreende a "deficiência" como qualquer situação de limitação à "capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária".

Em coerência com tal pensamento, o Tribunal Regional Federal da 4ª. Região (TRF4a.), por ocasião da Apelação nº 2007.71.05.004830-1, concedeu isenção de impostos para aquisição de veículo fora do rol de hipóteses previsto na Lei nº 8.989/95, tendo em vista a inequívoca comprovação de necessidade de automóvel adaptado.

Cabe assinalar, similarmente, que a legislação ainda mantém alguns termos ultrapassados, como a designação "pessoa deficiente". Reitera-se que a interpretação dos preceitos legais deve ser feita de modo a melhor atender às necessidades, superando-se as impropriedades terminológicas com vistas à máxima efetividade das normas e adequada proteção da pessoa.

Nessa trilha, faz-se preciso observar que contemporaneamente a deficiência é vista como um elemento social, cultural e ambiental, de modo que, vale realçar, não está focada na condição física, mas, sobretudo, relaciona-se com o meio[8].

Igualmente, verifica-se que a tutela das limitações físicas nem sempre encontra previsão legal na literalidade da norma simples, a qual muitas vezes se revela, permita-se dizer, "infantil" se comparada às dificuldades que a realidade concreta impõe. Dessa sorte, é preciso atentar para as variações nas definições legais de "deficiência física". Em harmonia com a Constituição,

7. MIGUEL, Marcia de; KRAYCHETE, Durval Campos. Dor no paciente com lesão medular: uma revisão. *Revista Brasileira de Anestesiologia*, Campinas, v. 59, n. 3, jun. 2009.

8. Medeiros, Marcelo; Diniz, Débora. Envelhecimento e Deficiência. In: *Muito além dos 60: os novos idosos brasileiros*. Rio de Janeiro: Ipea, 2004. p. 107-120.

defende-se que a solução de eventual controvérsia deve atender à situação concreta, como aponta FONSECA, em detrimento das restrições de determinadas molduras jurídicas, muitas vezes ultrapassadas.

Injusto que além dos obstáculos impostos pela vida, o direito venha elevar obstáculos linguísticos ao acesso de direitos. Assim, acentua-se a percepção de que pode derivar da falta de adequações e medidas de acessibilidade[9]. Na bela lição de Ricardo Tadeu FONSECA, "Desloca-se a questão do âmbito do indivíduo com deficiência para as sociedades".[10]

3. FUNDAMENTOS DA ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA (AOS SEUS DIREITOS)

A "*perspectiva do acesso*", como denomina Luis Ricardo LORENZETTI[11], constitui aspecto fundamental na proteção da pessoa. Sua tutela representa verdadeira projeção da dignidade da pessoa humana[12], concretizando a proteção dos direitos humanos e materializando o princípio da igualdade. Em sintonia, a fundamentação colhida em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tais como, o Recurso Especial (Resp) nº 567.873 e o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 13.084, nos quais prevaleceu a proteção da pessoa com deficiência física, primando-se pela ótica da igualdade e do ético.

Tal proteção encontra embasamento também nos valores constitucionalmente assegurados da solidariedade, bem-estar e cidadania, de acordo com a compreensão expressa pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.649. Constitui-se em ação judicial proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI, que questionava a constitucionalidade da Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994 a qual concede gratuidade às "pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual".

A apreciação da coerência com o texto constitucional, seus valores, princípios e garantais é de extrema importância porque, se fosse julgada incompatível (inconstitucional), a lei deixaria de produzir efeitos.

---

9. AMATE, E. Alicia; VÁSQUEZ, Armando J. *Discapacidad: lo que todos debemos saber*. Washington (EUA): Organización Panamericana de la Salud, 2006.

10. FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e seu Conceito Revolucionário de Pessoa com. Deficiência. São Paulo: *Revista LTr*, v. 72, n. 03, p. 263-270, mar. 2008. A respeito sugere-se também: FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Curitiba, 2005. p. 289.

11. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998. p. 88,

12. CORTIANO Jr., Eroulths. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 45, p. 99-102, 2006. p. 102.

A adequação da referida lei à Constituição foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Sublinhou-se na decisão, com louvável sensibilidade, que "a busca da igualdade de oportunidades e possibilidade de humanização das relações sociais, uma das inegáveis tendências da sociedade contemporânea, acolhida pelo sistema constitucional vigente, determina a adoção de políticas públicas que propiciem condições para que se amenizem os efeitos das carências especiais de seus portadores e toda a sociedade atue para incluir no que seja compatível com suas condições".

Note-se que diante da compreensão de unidade do ordenamento jurídico[13] a irradiação dos efeitos das normas constitucionais atinge tanto a esfera pública, quanto o âmbito privado, conforme ensinam GOMES[14], TEPEDINO[15], UBILLOS[16], RIBEIRO[17], e outros. Significa que a tutela da pessoa com deficiência física deve ser garantida inclusive nas relações entre particulares.

Em harmonia com tal compreensão, decidiu-se no julgamento da anteriormente referida Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.649 que: "Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de organizar-se segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos".

Em outras palavras, o que se procura dizer no presente texto é que se a pessoa não deixa de ter limitação de locomoção nos prédios particulares, não pode haver restrição à entrada das normas constitucionais e de seus efeitos na esfera privada.

4. GALGANDO OS DEGRAUS DA ACESSIBILIDADE – SAÚDE, EDUCAÇÃO E EDIFICAÇÕES

Como desdobramentos dos direitos à liberdade e ao acesso, os artigos 227 e 244 da Constituição definem que a legislação infraconstitucional disporá sobre a adaptação dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo a fim de garantir acesso adequado às pessoas com deficiência.

---

13. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil.* Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

14. GOMES, Orlando. A Constituição e seus Reflexos no Direito das Obrigações. *Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 25-36, 1982. p. 29.

15. TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil. In: _____. *Temas de Direito Civil*. v. I. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

16. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340.

17. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: _____. *Direito dos Contratos*: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 7 e 13.

Em que pesem as graves omissões na legislação[18], merece especial atenção a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, a qual assegura importantes direitos à pessoa com deficiência física. Entre outros delineamentos, são estabelecidas normas de inclusão na educação, o apoio governamental à formação profissional, assim como a garantia de participação no sistema regular de ensino, a qual é corroborada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54 (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) e assegurada pela Constituição (art. 208, inc. III).

A ênfase na educação é de relevância ímpar em vista da dificuldade de inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, o que faz aprofundar a associação entre pobreza e deficiência relatada ao redor de todo o planeta, como ressalta a OIT,[19] a The Joseph Rowntree Foundation e outros estudos relevantes.[20]

Na esfera da saúde, a Lei nº 7.853/1989 garante o acesso das pessoas com deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, bem como seu tratamento adequado. Confere-se também o direito ao atendimento domiciliar de saúde para o "deficiente grave" não internado, nos termos da mesma lei. O dever é reforçado pelo Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991, que promulgou a Convenção nº 159, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Conforme o art. 27 da Convenção, o Brasil "deverá esforçar-se para assegurar a formação e a disponibilidade de assessores em matéria de reabilitação e outro tipo de pessoal qualificado que se ocupe da orientação profissional, da formação profissional, da colocação e do emprego de pessoas deficientes".

O texto constitucional, em seu art. 196, define que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Portanto, é assegurado o acesso universal e igualitário.

Entre as medidas destinadas à concretização desse preceito constitucional, destaca-se o TFD (Tratamento Fora do Domicílio), instituído pelo Ministério de Saúde e Secretaria de Atenção à Saúde por meio da Portaria SAS/MS nº 055/1999. O benefício consiste na ajuda de custo para deslocamento destina-

18. Sobre o tema: ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O estatuto do portador de necessidades especiais*. Brasília: BDJUR-STJ, 2008.

19. OIT é a sigla da "Organização Internacional do Trabalho", ou em inglês ILO (International Labour Organization). *Disability and Poverty Reduction Strategies.* Discussion Paper. Nov. 2002.

20. THE JOSEPH ROWNTREE FOUNDATION. *Routes out of poverty.* A research review. (KEMP, Petter *et. al.* Coord.). York (Reino Unido): University of York, 2004. p. 26. SCOTTISH GOVERNMENT. *Poverty Analysis*. Governo da Escócia, July 06, 2009.

do a diagnósticos e tratamentos de pacientes do SUS (Sistema Único de Saúde), abarcando alimentação e pernoite do paciente e de acompanhante. Sua concessão é restrita às situações em que se mostra indispensável o tratamento fora do município de residência (em local distante ao menos 50 km).

A teor do art. 6º da Portaria, a solicitação de TFD deve ser realizada pelo médico do paciente nas unidades assistenciais vinculadas ao SUS e autorizada por comissão nomeada pelo respectivo gestor municipal/estadual (leia-se Secretarias Estaduais/Municipais de Saúde) que solicitará, se preciso, exames ou documentos que complementem a análise de cada caso. A validade do TFD é reconhecida pelos tribunais, como revelam recursos julgados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP): agravo de instrumento nº 994092615268 e apelação nº 994071337322, apreciados em 2010. Assegura-se inclusive o direito ao custeio de passagens aéreas quando necessário. Nesse sentido, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), confiram-se as apelações cíveis de nº 70026715805 e 70025860552, cujas decisões foram proferidas nos anos de 2008 e 2009.

Recorde-se também a previsão do art. 203, inc. IV, da Constituição, que determina como objetivo da assistência social "*a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida*". Por conseguinte, a consagração da igualdade e pluralidade no texto constitucional (preâmbulo e art. 5º) torna imperativa a adoção de ações destinadas à promoção e redução de desigualdades, assentando-se com igual ênfase a proibição de discriminação.

5. PLANOS DE SAÚDE E AS PRÓTESES

Na esfera privada, destaca-se a prestação de assistência à saúde por intermédio dos planos de saúde (Setor de Saúde Suplementar). O direito à contratação de plano de saúde é garantido, independentemente de deficiência ou enfermidade[21], consoante prevê o art. 14 da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98).

Nessa seara, discussão de grande relevância diz respeito às próteses e órteses. A Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/1998), no art. 10º, inc. VII, exclui da cobertura dos planos de saúde o "fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico". Com base em interpretação em sentido contrário (*a contrario sensu),* conclui-se que se essa cobertura é obrigatória nas situações nas quais próteses e/ou órteses estejam ligadas a cirurgias

21. SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde*: Saúde e Contrato na Contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 363.

e outros procedimentos cobertos pelo plano de saúde.[22] [23]

Em sintonia com essa interpretação, a jurisprudência tem considerado abusivas as cláusulas que pretendem a exclusão de procedimentos necessários ao tratamento se diretamente ligados a ato cirúrgico coberto pelo plano de saúde[24], como revela o Recurso Especial n.º 251.024, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2002.

6. COMPREENSÃO DA FUNÇÃO DAS NORMAS PROTETIVAS: DIREITOS IMPLÍCITOS A SEREM EXPLICITADOS

A essa altura, tendo sido expostos alguns direitos, cabe contextualizar o regime de proteção da pessoa com deficiência, analisando-o sob o prisma da igualdade. Cabe esclarecer tal análise neste texto: infelizmente, em situações especiais, é preciso dizer o óbvio.

Nessa toada, à luz de uma noção substancial de igualdade, as pessoas com deficiência física devem receber tratamento desigual tão somente na medida do estritamente necessário para conferir-lhes igualdade de acesso e condições, atualizando os consagrados ensinamentos de ARISTÓTELES[25].

Na feliz síntese de Boaventura de Souza Santos "temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza".[26] Assim é que o Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei 7.853/1989 (que instituiu a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência), aponta para a "igualdade de oportunidades na sociedade por reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismos". Trata-se de reconhecer tanto o direito à igualdade quanto o direito à diferença.[27]

Por conseguinte, os direitos assegurados não devem ser enxergados como

22. SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde*: Saúde e Contrato na Contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

23. Os planos de saúde contemplam diversas coberturas. Os termos do contrato, segundo interpretação contemporânea, não prevalecem se contrariarem as normas legais (não prevalece a vontade sobre a ordem pública). Nesse sentido, entende-se que o custeio de próteses e órteses é assegurado sempre que o plano de saúde incluir a cobertura hospitalar. São abusivas e tidas como não-escritas disposições que restrinjam ou impeçam o acesso a tais aparelhos, por força da Lei dos Planos de Saúde, Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Constituição Federal.

24. SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde*: Saúde e Contrato na Contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 341.

25. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. (Trad. Pietro Nasseti). Coleção Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2006.

26. SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 39, 1997.

27. DHANDA, Amita. Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista internacional de direitos humanos*: *SUR*, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 42-58, jun. 2008. p. 45.

favores, ao revés, devem ser vislumbrados e concebidos como mecanismos aptos a conferir "autonomia e o respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual, a não-discriminação, a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade"[28] como preconiza a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência.

Como forma de facilitar a independência e autonomia, é obrigatória também a adoção de métodos que evitem ou removam os empecilhos que impedem ou dificultam o acesso aos edifícios, às ruas e calçadas, bem como aos meios de transporte (Lei nº 7.853/89). Esse dever é reforçado pela Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000, a qual confere atendimento prioritário em instituições financeiras, órgãos públicos e concessionárias. A seu turno, a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, exige adequações no transporte público, casas de espetáculo, parques de diversões (redação dada pela Lei nº 11.982, de 16 de julho de 2009), estacionamentos, etc. Ao regulamentar tais leis, o Decreto 5.296 de 2 de dezembro de 2004, trouxe por sua vez uma série de especificações, as quais abarcam o transporte aéreo, aquaviário, construções de interesse público e tantas outras situações.

É preciso ter presente, sem menosprezar a importância da ampla regulamentação, que a adequada interpretação dos preceitos constitucionais permite suprir as eventuais omissões legislativas para albergar aquelas situações nas quais, aparentemente, faltaria proteção à pessoa com deficiência física.

Nessa senda, defende-se a possibilidade de se extrair dos princípios constitucionais – especialmente da igualdade e da dignidade –, *direitos implícitos, tais como o direito à acessibilidade* (concernente à mobilidade, removendo-se obstáculos físicos e promovendo-se as necessárias adequações), *o direito ao acesso* (vinculado à cidadania, suprimindo barreiras sociais e culturais), *o direito à inclusão* (ligado à igualdade de oportunidades, direito à participação, direito à integração social e o direito ao respeito). Ainda assim, registra-se a existência de normas protetivas bastante específicas, como a prioridade no trâmite em processos judiciais à pessoa "portadora de doença grave" (Código de Processo Civil, art. 1.211-A) e a garantia de local de votação apropriado ao eleitor com deficiência física, nos termos do art. 135 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (segundo redação dada pela Lei nº 10.226, de 15 de maio de 2001).

As adequações (muitas das vezes improvisos) para facilitação de acesso têm sido feitas lentamente, exigindo muitas vezes medidas judiciais, como demonstra o Recurso Especial nº 987.280, apreciado pelo Superior Tribunal

28. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. (Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital Coord.). Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. p. 30.

de Justiça, no qual foi estipulada multa diária até que fossem feitas as adequações, em órgão público, que conferissem a acessibilidade. Infelizmente, apesar da extensa legislação, os obstáculos do preconceito e do descaso, revelam a gravidade das nossas deficiências em amadurecer a reflexão e a efetividade de temas como inclusão e igualdade de acesso.[29]

Permita-se recordar que os direitos assegurados pela legislação nacional são complementados pela legislação internacional. O Brasil incorporou, entre outros instrumentos, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção da Guatemala), da OEA (Organização dos Estados Americanos) e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, da ONU (Organização das Nações Unidas) nos termos, respectivamente do Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001 e Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Com base no art. 5º, parágrafo 3º da Constituição, a Convenção da ONU tem *status* equivalente à emenda constitucional, como ressalta de modo inequívoco o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008.

7. DIREITOS NO TRABALHO: EMPREGO DE MECANISMOS PARA IGUALDADE

O texto constitucional, como corolário do princípio da igualdade, veda a "discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência", na forma do art. 5º, inc. XXXI. Em consonância, prevê o art. 461 da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas - Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943), que "sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário (...)".

Ademais, a Constituição, em seu art. 170, estabelece como princípio da ordem econômica "assegurar a todos existência digna", consubstanciando relevante fundamento jurídico para a adequada tutela da pessoa com deficiência. Assim, "na esfera do Direito do Trabalho, os preceitos da ordem econômica se fazem presentes como diretrizes de interpretação e proteção, constituindo barreiras a desumanização das relações laborais"[30]. Como reflexo do trata-

29. "Os olhares indiscretos dos colegas de escritório são muros de concreto intransponíveis. E como elas chegam ao trabalho com tantas calçadas esburacadas, motoristas que não respeitam faixas de trânsito, transporte público adaptado incrivelmente escasso e passageiros sem a menor paciência para esperar o cadeirante se acomodar no ônibus ou no metrô?" CARNEIRO, Eduardo de Almeida. Deficiente é a inclusão social. *Folha de São Paulo.* São Paulo, Folha da Manhã, 20 de Outubro de 2011. Caderno Opinião. Tendências/debates, p. A2.

30. FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, Ordem Econômica e Princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a constituição 20 anos depois. In: DANTAS, Bruno *et al.* (Org.). *Constituição de*

mento dispensado pela Constituição, defere-se ao trabalhador com deficiência física garantias de acesso e inclusão, repudiando-se a discriminação.

A teor do art. 37, inc. VIII, da Constituição: "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão". A matéria é regulamentada pela Lei nº 8.112, de 11 de Dezembro de 1990, art. 5º, § 2º, a qual reserva até um quinto das vagas oferecidas em concurso, desde que haja compatibilidade do cargo com a deficiência. O Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, em seu art. 37, define que o mínimo de vagas será cinco por cento. Dizendo o óbvio, registra o mesmo dispositivo não haver limite à aprovação de mais candidatos deficientes nas demais vagas (sob pena de restringir o acesso ao invés de protegê-lo).

Além disso, ao servidor portador de deficiência é garantido, se necessário, horário especial independentemente de compensação (Lei nº 8.112/1990, art. 98, § 2º). Na esfera privada, a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, em seu art. 93, fixa percentual mínimo de empregados com deficiência a serem contratados nas empresas com mais de 100 trabalhadores. O mesmo dispositivo legal institui a obrigatoriedade da prévia contratação de outra pessoa com deficiência física como requisito para a demissão de outro empregado, como mecanismo para manter o percentual exigido pela lei inalterado no quadro de pessoal.

O texto do art. 428 da CLT, de acordo com a redação conferida pela Lei nº 11.788, de 2008, eliminou, excepcionalmente, a restrição etária nos contratos de aprendiz envolvendo deficientes físicos para facilitar e promover sua inclusão, vez que muitas vezes não possuem a mesma condição de acesso dos demais.[31] A medida revela, contudo, o atraso na oferta de adequada educação, assim como de treinamento para o trabalho.

8. REGIME TRIBUTÁRIO E ISENÇÃO DE IMPOSTOS

A legislação confere importantes vantagens ao portador de deficiência física na esfera tributária. Nesse sentido, é possível deduzir do imposto de renda (na declaração completa) os pagamentos efetuados para instrução, no ano-calendário, desde que realizados a entidades destinadas a deficientes físicos (Regulamento do Imposto de Renda, art. 80, parágrafo 3º).

Cumpre recordar ainda a possibilidade de aproveitar as isenções aplicáveis a todos os contribuintes, notadamente as despesas relativas a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e

1988, o Brasil 20 anos depois. v. IV. Estado e Economia em vinte anos de mudanças. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 347-377.

31. FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Curitiba, 2005. p. 305.

hospitais, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias, assim como despesas específicas de instrução quando realizada em entidade destinada à pessoa com deficiência física (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999).

Para aquisição de veículos com adaptação, a Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995 define a isenção do pagamento de IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), na compra de veículos para as pessoas com "deficiência grave". A Lei Complementar nº 53, de 19 de dezembro de 1986, isenta do ICMS (Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias), "os veículos automotores nacionais que se destinarem a uso exclusivo de paraplégicos ou de pessoas portadoras de defeitos físicos, os quais fiquem impossibilitados de utilizar os modelos comuns". Ademais, a Lei nº 8.383/91, em seu art. 72, isenta o IOF (Imposto sobre operações financeiras) no financiamento de automóveis adaptados (uma única vez). No âmbito estadual, é comum identificar a isenção de IPVA, o que deve ser verificado nas respectivas legislações estaduais.

Dessa maneira, estabelecem-se meios para facilitar os ajustes necessários ao cotidiano (como carros adaptados e próteses). São ferramentas jurídicas que visam, na medida das possibilidades, atender à igualdade, concretizando a própria liberdade de ir e vir, prestigiando a autonomia e a independência da pessoa com deficiência, como vértices da tutela da dignidade.

9. PREVIDÊNCIA SOCIAL E ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, em seu art. 20, conhecida como LOAS, (Lei Orgânica de Assistência Social) garante 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa com deficiência cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo (regulamentando o art. 203, inc. V da Constituição). Em interpretação mais ampla, confere-se o direito a quem provar impossibilidade de sustento ainda que acima desse patamar, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal expresso pelo Min. Marco Aurélio ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE AgR) nº 435.397 em 2007, contrariando a posição anterior do tribunal, firmada em 1998 na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.232.

De outra banda, aos contribuintes do INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) é possível a solicitação de auxílio doença bem como aposentadoria na forma da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 se houver inviabilidade para trabalhar. O auxílio doença é devido ao segurado que ficar "incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos" (art. 59), reconhecida por perícia. De modo similar, é possível a aposentadoria se verificada condição incapacitante para exercício de atividade que garanta a subsistência e não haja possibilidade de reabilitação.

Entre outros requisitos para aposentadoria, exige-se que: *a)* a condição médica incapacitante seja posterior às contribuições ao INSS (uma nova doença ou incapacidade por motivo de progressão); *b)* perícia médica; e *c)* o prévio cumprimento de um período mínimo de contribuições (embora haja exceções a essa exigência). Recuperada a capacidade laborativa o benefício é suspenso.

10. NA TRILHA DA EFETIVIDADE: "NOVOS VELHOS DESAFIOS" PARA INCLUSÃO E CIDADANIA

Como fio condutor das considerações finais, cumpre recordar a indagação de ITURRASPE, "O que seria de nós se não fôssemos obcecados pela pessoa humana?"[32].

No Brasil, o retrato da proteção jurídica da pessoa com deficiência física revela a existência de importantes ferramentas jurídicas, a contrastar, muitas vezes, com a injustificada falta de efetividade. Nesse passo, é mister a tomada de consciência no sentido de que "a cidadania usurpada das pessoas portadoras de deficiência está entre os nossos mais graves problemas sociais"[33].

Sabiamente estipulou a Constituição, art. 23, inc. II, ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios "cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência", atribuindo-lhes a corresponsabilidade na adoção de políticas públicas e prestações destinadas à pessoa com deficiência. Cumpre também, aos diversos atores da sociedade, promover medidas hábeis à adequada tutela. Infelizmente, muitas vezes a solução de questões simples tem dependido de medidas judiciais. Além das iniciativas individuais, as violações aos direitos examinados podem ser objeto de proteção pelo Ministério Público, como apontam ARAÚJO34, BENJAMIN35, MAZZILI36 e asseguram as normas legais.

A partir dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade e da solidariedade, obtém-se como parâmetro de interpretação a celebração das diferenças, o respeito à diversidade em seus múltiplos sentidos e matizes, bem como o direito à inclusão. Em uma frase, faz-se preciso ultrapassar a etapa do tratamento segregado da pessoa com deficiência, rumando-se para o esforço

32. ITURRASPE, Jorge Mosset. Conferência de Encerramento. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *III Jornada de Direito Civil*. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). Palestra de abertura. Brasília: CJF, 2005.
33. SENAC; IBDD (Instituto Brasileiro de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência). *Sem limites*: Inclusão de portadores de deficiência no mercado de trabalho. 2ª ed. Rio de Janeiro, SENAC-Rio, 2003.
34. ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997.
35. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A proteção jurídica do deficiente físico e mental. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, v. 13, n. 48, p. 23-33, abr./jun. 1989.
36. MAZZILLI, Hugo Nigro. O deficiente e o Ministério Público. Justitia, São Paulo, v. 50, n. 141, p. 55-68, jan./mar. 1988.

por sua integração social[37].

Para tanto, inúmeras medidas, muitas das quais de surpreendente simplicidade, têm sido implantadas[38]. Destaca-se a divulgação de sites com locais acessíveis (como portugalacessivel.com) e a adoção do *desenho universal*[39], que preconiza o formato de produtos e edifícios que possibilita a fácil utilização pelo maior número de pessoas, sem adaptações ou conhecimentos específicos[40].

No Superior Tribunal de Justiça é paradigmático o RMS (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança) nº 9613, no qual deputada estadual, com deficiência física, teve reconhecido o direito à reforma da Assembleia do Estado de São Paulo para ter acesso à tribuna. Consignou-se: "a filosofia do desenho universal neste final do século inclina-se por projetar a defesa de que seja feita adaptação de todos os ambientes para que as pessoas com deficiência possam exercer, integralmente, suas atividades". A fundamentação da decisão tece importantes considerações sobre acessibilidade e inclusão, acolhendo e reconhecendo expressamente o *direito ao acesso*.

Por outro lado, as dificuldades e atrasos que se apresentam são emblemáticos, cabendo tecer considerações sobre alguns casos de evidente gravidade.

Com efeito, na esfera laboral, observa-se que persiste arraigada a absurda associação entre deficiência física e incapacidade para trabalho. Nesse diapasão, as manchetes da imprensa anunciam a contratação de pessoas com deficiência física para preenchimento dos percentuais previstos na lei com subaproveitamento de profissionais qualificados e salários inferiores: "Postos café com leite desmotivam deficientes"[41] visto que "as empresas optam por contratar pessoas com deficiências mais leves"[42] por não confiarem em seu trabalho. Igualmente, constata-se que o "Setor público avança, mas ainda não

37. SASSAKI, Kazumi Romeu. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 5ª ed. Rio de Janeiro: WWA, 2003.

38. MINISTÉRIO DAS CIDADES. Secretaria Nacional de Transporte e Mobilidade Urbana. *Brasil Acessível.* Programa Brasileiro de Acessibilidade Urbana. Brasília/DF: Ministério das Cidades, 2006.

39. FIGUEIREDO, Antonio de Borges. Desenho Universal e Meio Ambiente do Trabalho: Acessibilidade da Pessoa Trabalhadora com Deficiência. *Revista IOB Trabalhista e Previdência.* Ano XXI, nº 246, p. 87-98, Dez. 2009.

40. WRIGHT, Charles L. *Facilitando o transporte para todos.* Nova Ioque: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2001.

41. VIOTTO, Jordana. Postos café com leite desmotivam deficientes. Sem chance de ascensão, profissionais buscam recolocação no mercado. *Folha de São Paulo.* São Paulo, Folha da Manhã, 25 de abril de 2010. Caderno Emprego.

42. NOMURA, Maria Carolina. Inclusão em cena. Deficientes qualificados são maioria no mercado. *Folha de São Paulo.* São Paulo, Folha da Manhã, 14 de dezembro de 2008. Caderno Emprego. Nessa linha também: FEBRABAN. *População com deficiência no Brasil* – Fatos e percepções. (Andrea Schwarz e Jaques Haber Org.) São Paulo: Febraban, 2006.

cumpre cotas"[43] e que o "Deficiente graduado perde espaço".[44] Causa espanto a manutenção de preconceituosa e arcaica "peneira da exclusão!"[45].

É lamentável ainda a circunstância exposta em relatório conjunto, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas e Fundação Banco do Brasil, ao apontar que "foram constatados casos em que os empregadores remuneravam as PPDS [pessoas com deficiência] para ficar em casa, mantendo-os na folha de pagamento com a finalidade exclusiva de suprirem sua cota. Em outros casos, o empregador preferia pagar as multas a manter empregados com deficiência"[46].

Uma das tristes conclusões que se obtém é que "a questão da acessibilidade está muito mais ligada à conscientização e à sensibilidade do que às leis e normas, tanto que grande parte dos investimentos realizados para adequações de edificações ou espaços públicos não encontra a devida funcionalidade, pois o enfoque está apenas no cumprimento da legislação"[47].

Por fim, atenção especial deve ser atribuída à dupla ou *múltipla discriminação*.[48] Essa consiste na situação em que a pessoa com deficiência física é alvo de preconceito por duas circunstâncias, tal como a percepção de que a mulher com deficiência física aufere salário inferior à mulher sem deficiência[49], e, como não bastasse, recebe menos que o homem com deficiência[50].

Outro ponto fundamental diz respeito à tutela em face das situações de violência. Nessa toada, em resolução sobre a situação das mulheres com deficiência na União Europeia, aprovada aos 26 de abril de 2007 pelo Parlamento Europeu, sublinhou-se que "quase 80% das mulheres com deficiência são vítimas de violência psicológica e física e que o risco de violência sexual é

---

43. CONSANI, Natalie Catuogno. Setor público avança, mas ainda não cumpre cotas. *Folha de São Paulo.* São Paulo, Folha da Manhã, 14 de dezembro de 2008. Caderno Emprego.

44. MENDONÇA, Camila. Deficiente graduado perde espaço. *Folha de São Paulo.* São Paulo, Folha da Manhã, 24 de julho de 2011. Caderno Emprego.

45. SILVA, Vicente Paulo Da. Sem trabalho... Por quê? *Folha de São Paulo.* São Paulo, Folha da Manhã, 17 de Fevereiro de 1999. Caderno Opinião.

46. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV); FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL. *Diversidade.* Retratos da Deficiência no Brasil. (Neri, Marcelo *et al.* Org.) Rio de Janeiro: FGV, 2003.

47. FEBRABAN. *População com deficiência no Brasil* – Fatos e percepções. (Andrea Schwarz e Jaques Haber Org.) São Paulo: Febraban, 2006.

48. DHANDA, Amita. Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista internacional de direitos humanos*: *SUR*, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 42-58, jun. 2008.

49. INSTITUTO NACIONAL PARA A REABILITAÇÃO. (Portugal) *Estudo sobre o Impacto da Discriminação com base na Deficiência nas Mulheres.* (Pedro Afonso Fernandes Coord.). Portugal: Nemus, 2009.

50. OIT. *Cómo ayudar a las personas discapacitadas a encontrar un empleo*. Guía práctica - Edición de América Latina. (Barbara Murray; Robert Heron Coord.). Uruguai: OIT, 2003.
OIT. *Perfil do Trabalho Decente no Brasil.* (BERG, Janine; RIBEIRO, José; LUEBKER, Malte Org.). Brasília: OIT, 2009.

maior para estas do que para outras mulheres; salientando que a violência é, não só um fenômeno frequente na vida das mulheres com deficiência, como também, por vezes, a causa da sua deficiência"[51].

Igualmente, a criança com deficiência, por sua sobrelevada vulnerabilidade, é vítima com maior frequência de violência e abuso (ONU, 2006). O cenário, entre motivos para celebrar e entristecer, impõe obrigatória reflexão sobre as injustiças e o *déficit* que permanece (e se aprofunda) diante da permanência de uma postura de indiferença e descaso em variados setores.

Recuperando a indagação de ITURRASPE, observa-se que a "arquitetura da legislação brasileira", primorosa na quantidade de disposições, deve agora dar conta de sua funcionalidade. Nas antigas edificações é preciso o planejamento criativo e engajado, nas novas, é preciso abandonar o paradigma do espaço adaptado (leia-se improvisado) para um modelo inclusivo, que não segrega senão as barreiras e não discrimina senão os preconceitos.

É o momento, pois, de se buscar a efetividade das normas[52]. Dia a dia, persistem os atos discriminatórios que constroem novas barreiras invisíveis à pessoa com deficiência, dificultam-lhe o acesso a direitos e a inclusão □ prestando-se como atestado de nossa falta de maturidade. Afinal, a lei não é suficiente, per si, para mudar as concepções, estereótipos, mitos e práticas arraigados. Resta-nos, a todos nós, muito a fazer.

REFERÊNCIAS

AMATE, E. Alicia; VÁSQUEZ, Armando J. *Discapacidad: lo que todos debemos saber*. Washington (EUA): Organización Panamericana de la Salud, 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O estatuto do portador de necessidades especiais*. Brasília: BD-JUR-STJ, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. (Trad. Pietro Nasseti). Coleção Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6ª ed. rev. São Paulo: Renovar, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A proteção jurídica do deficiente

51. PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu, de 26 de Abril de 2007, sobre a situação das mulheres com deficiência na União Européia.* Processo 2006/2277(INI). Estrasburgo (França), 2007.

52. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6ª ed. rev. São Paulo: Renovar, 2002.

físico e mental. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, v. 13, n. 48, p. 23-33, abr./jun. 1989.

CONSANI, Natalie Catuogno. Setor público avança, mas ainda não cumpre cotas. *Folha de São Paulo.* São Paulo, Folha da Manhã, 14 de dezembro de 2008. Caderno Emprego.

CORTIANO Jr., Eroulths. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 45, p. 99-102, 2006.

DHANDA, Amita. Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista internacional de direitos humanos*: *SUR*, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 42-58, jun. 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, Ordem Econômica e Princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a constituição 20 anos depois. In: DANTAS, Bruno *et al.* (Org.). *Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois*. v. IV. Estado e Economia em vinte anos de mudanças. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 347-377.

FEBRABAN. *População com deficiência no Brasil* – Fatos e percepções. (Andrea Schwarz e Jaques Haber Org.) São Paulo: Febraban, 2006.

FIGUEIREDO, Antonio de Borges. Desenho Universal e Meio Ambiente do Trabalho: Acessibilidade da Pessoa Trabalhadora com Deficiência. *Revista IOB Trabalhista e Previdência.* Ano XXI, nº 246, p. 87-98, Dez. 2009.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e seu Conceito Revolucionário de Pessoa com. Deficiência. São Paulo: *Revista LTr*, v. 72, n. 03, p. 263-270, mar. 2008.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Curitiba, 2005.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV); FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL. *Diversidade*. Retratos da Deficiência no Brasil. (Neri, Marcelo *et al.* Org.) Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GOMES, Orlando. A Constituição e seus Reflexos no Direito das Obrigações. *Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 25-36, 1982.*

GOMES, Orlando. Transformações Gerais no Direito das Obrigações. São Paulo: RT, 1976.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da Modernidade*. 2ª ed. ver. ampl. Florionápolis: Fundação Boiutex, 2007.

ILO (International Labour Organization). *Disability and Poverty Reduction Strategies*. Discussion Paper. Nov. 2002.

INSTITUTO NACIONAL PARA A REABILITAÇÃO. (Portugal) *Estudo sobre o Impacto da Discriminação com base na Deficiência nas Mulheres.* (Pedro Afonso Fernandes Coord.). Portugal: Nemus, 2009.

ITURRASPE, Jorge Mosset. Conferência de Encerramento. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *III Jornada de Direito Civil*. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado

de (Org.). Palestra de abertura. Brasília: CJF, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O deficiente e o Ministério Público. *Justitia, São Paulo, v. 50, n. 141, p. 55-68, jan./mar. 1988*.

Medeiros, Marcelo; Diniz, Débora. Envelhecimento e Deficiência. In: *Muito além dos 60: os novos idosos brasileiros. Rio de Janeiro:* Ipea, 2004. p. 107-120.

MENDONÇA, Camila. Deficiente graduado perde espaço. *Folha de São Paulo.* São Paulo, Folha da Manhã, 24 de julho de 2011. Caderno Emprego.

MIGUEL, Marcia de; KRAYCHETE, Durval Campos. Dor no paciente com lesão medular: uma revisão. *Revista Brasileira de Anestesiologia, Campinas, v. 59, n. 3, jun. 2009*.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. *Secretaria Nacional de Transporte e Mobilidade Urbana. Brasil Acessível. Programa Brasileiro de Acessibilidade Urbana. Brasília/DF: Ministério das Cidades, 2006*.

NOMURA, Maria Carolina. Inclusão em cena. Deficientes qualificados são maioria no mercado. *Folha de São Paulo.* São Paulo, Folha da Manhã, 14 de dezembro de 2008. Caderno Emprego.

OIT. *Cómo ayudar a las personas discapacitadas a encontrar un empleo*. Guía práctica - Edición de América Latina. (Barbara Murray; Robert Heron Coord.). Uruguai: OIT, 2003.

OIT. *Perfil do Trabalho Decente no Brasil. (BERG, Janine; RIBEIRO, José; LUEBKER, Malte Org.). Brasília: OIT, 2009*.

ONU (Assembléia Geral das Nações Unidas) *Relatório do especialista independente para o Estudo das Nações Unidas sobre a Violência Contra Crianças. ONU, 23 de agosto de 2006*.

PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu, de 26 de Abril de 2007, sobre a situação das mulheres com deficiência na União Europeia*. Processo 2006/2277(INI). Estrasburgo (França), 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: _____. *Direito dos Contratos*: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 39, 1997.

SASSAKI, Kazumi Romeu. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 5ª ed. Rio de Janeiro: WWA, 2003.

SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde*: Saúde e Contrato na Contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Scottish Government. *Poverty Analysis*. Governo da Escócia, July 06, 2009.

Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com*

Deficiência Comentada. (Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital Coord.). Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

SENAC; IBDD (Instituto Brasileiro de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência). *Sem limites*: Inclusão de portadores de deficiência no mercado de trabalho. 2ª ed. Rio de Janeiro, SENAC-Rio, 2003.

SILVA, Vicente Paulo Da. Sem trabalho... Por quê? *Folha de São Paulo*. São Paulo, Folha da Manhã, 17 de Fevereiro de 1999. Caderno Opinião.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil:* estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil. In: _____. *Temas de Direito Civil*. v. I. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THE JOSEPH ROWNTREE FOUNDATION. *Routes out of poverty*. A research review. (KEMP, Petter *et. al.* Coord.). York (Reino Unido): University of York, 2004.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340.

VADILLO, Enrique Ruiz. *Derecho y Salud*, Barcelona (Espanha), v. 1, n. 1, p. 1-2, jul./dez. 1993.

VIOTTO, Jordana. Postos café com leite desmotivam deficientes. Sem chance de ascensão, profissionais buscam recolocação no mercado. *Folha de São Paulo*. São Paulo, Folha da Manhã, 25 de abril de 2010. Caderno Emprego.

WRIGHT, Charles L. *Facilitando o transporte para todos*. Nova Ioque: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2001.



A GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO MUNICÍPIO "Q"

FERNANDO BORGES MÂNICA



Doutor em Direito do Estado pela USP • Mestre em Direito pela UFPR • Professor da Universidade Positivo (UP) e da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP) • Coordenador de Ensino do Instituto ADVCOM • Líder do Grupo de Pesquisa Liberdades Públicas e Direitos Econômicos da UP • Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Terceiro Setor e Responsabilidade Social (NEPETS) da UTP • Procurador do Estado e Advogado. www.fernandomanica.com.br

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Análise. 2.1 Breves apontamentos acerca da situação concreta do município "Q". 2.2. A Gestão Municipal da Saúde no âmbito do município. 2.2.1 A Constituição Brasileira de 1988 e a Participação Privada nos serviços de Saúde. 2.2.2. A Saúde no município "Q". 3. Conclusão.

EMENTA: Município – Gestão da saúde – operacionalização dos gastos e administração de pessoal – limitações legais – restrições fáticas – Termo de Parceria com OSCIP – legalidade – possibilidade de prestação privada de serviço público de saúde – complementaridade.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo de caso com a finalidade de ter por esclarecida a legalidade e constitucionalidade da gestão das ações atinentes ao Sistema Único de Saúde – SUS no município "Q", ante os contornos fáticos e os óbices de cunho financeiro e legal que se fazem presentes no âmbito da Administração Pública municipal.

De acordo com informações prestadas pelo município, a forma como tem interpretado a legislação sanitária aplicável e, consequentemente, o modo como tem administrado o sistema público de saúde municipal, gerou indagação pelo Ministério Público, o qual reputa inconstitucional e danoso aos cofres públicos o modo de gestão da saúde no município. Apesar de ter promovido consulta prévia ao Tribunal de Contas de seu Estado, obtendo resposta positiva, o município acabou por sofrer indagações pelo Ministério Público. Inclusive, ao que se tem notícia, foram ajuizadas duas demandas judiciais pelo D*. parquet:* uma Ação Civil Pública e uma Ação por Ato de Improbidade Administrativa – ambas questionando a legalidade da forma como o município "Q" vem gerindo a Saúde em âmbito municipal, em especial no que se refere à participação de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) na execução de determinados serviços.

Nesse contexto, constituíram objeto de análise para o presente estudo de caso com:

- cópias dos demonstrativos de gastos públicos direcionados à saúde municipal;
- lista dos servidores municipais atuantes no ramo da saúde;
- prestações de contas junto ao Tribunal de Contas Estadual;

- cópia de análises técnicas especializadas e monitoramentos sobre a saúde municipal;
- cópias dos editais de concurso de projetos; e
- cópias dos Termos de Parceria firmados entre o município e entidades desprovidas de finalidade lucrativa, qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), para atuação vinculada à Saúde Pública do município.

2. ANÁLISE

A análise da situação posta em crivo depende, em primeiro lugar, de uma compreensão inicial acerca da situação fática concreta vivenciada no município "Q", ainda que bastante breve, imbuída dos eventuais balizamentos específicos que regem sua atuação administrativa enquanto entidade federativa municipal.

Somente a partir da moldagem de uma suficiente compreensão fático-legal específica no que tange à posição do Município, poderá ser dado um passo adiante e, assim, compreender a legalidade – ou não – da forma como o município vem gerindo o Sistema Público de Saúde em âmbito municipal, utilizando em determinados casos parcerias com entidades do Terceiro Setor, qualificadas como OSCIP – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

2.1 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA SITUAÇÃO CONCRETA DO MUNICÍPIO "Q"

O município de "Q", pertencente ao território do Estado "X", com área geográfica de 724,2 quilômetros quadrados, conta, segundo dados oficiais de 2009, com pouco menos de 20.000 (vinte mil) habitantes,[1] com projeção de 20.244 habitantes para 2010, de acordo com estimativa do IBGE. Pode, portanto, ser considerado um município de pequenas proporções em matéria populacional. Emancipado em 1989 e situado em região costeira, dentre as atividades econômicas principais desenvolvidas está, com destaque, a participação na extração de petróleo de seu subsolo. [2]

No campo da saúde, de acordo com a documentação analisada, o município conta com 8 (oito) Unidades de Saúde da Família, de atenção primária, 1 (um) Centro de Atenção Psicossocial, também de atenção primária, 1 (um) Centro de Especialidades, de atenção secundária, 1 (um) Centro de Regulação, de atenção terciária, e 1 (um) Hospital Municipal, também de atenção terciária, possuindo este área de 7 mil m² e composto por 80 (oitenta) leitos,

1. Dados disponíveis no sítio eletrônico oficial da Prefeitura Municipal.
2. Em decorrência de tal participação, recebe, nos termos da legislação abaixo citada, os denominados *royalties*.

sendo 6 (seis) de UTI, 14 (quatorze) de maternidade e o restante de internação comum.

No chamado PSF – Programa de Saúde da Família –, sua cobertura atinge 100% da população, baseando-se no modelo assistencial de saúde de Cuba. Em setembro de 2010, a Prefeitura Municipal assinou com o Ministério da Saúde o Pacto Pela Saúde (Portaria GM/MS nº 699/2006), integrando a rede estadual de saúde e comprometendo-se de forma integral com a saúde de sua região. Possui, de acordo com o último levantamento da Secretaria de Saúde Estadual, a menor taxa de mortalidade infantil no Estado.

No que concerne ao pessoal responsável pela prestação dos serviços de saúde, possui atualmente: no Hospital Municipal, 147 (cento e quarenta e sete) funcionários aprovados por concurso público, e 31 (trinta e um) contratados por prazo determinado; no Programa Saúde da Família (PSF), conta com 56 (cinquenta e seis) funcionários, todos aprovados por concurso público; e, como Agentes Comunitários, há 27 (vinte e sete) servidores, todos contratados por prazo determinado. Os gastos com pessoal em saúde correspondem a 15,99% da receita municipal. [3]

Por ser município de baixa densidade populacional, ligeiramente afastado da capital do Estado, praticamente todas as tentativas de provimento de cargos na área da saúde por meio de concurso público fracassam, ante o não comparecimento de candidatos suficientes para o preenchimento das vagas ofertadas pelo município. [4]

Ademais, além das arrecadações municipais que destina ao custeio da saúde, recebe na área repasses específicos por parte do Fundo Nacional de Saúde (FNS). No total, as "despesas" (investimentos) municipais na área da saúde, desde 2005, têm ultrapassado o patamar dos 50% da arrecadação municipal, o que torna o município plenamente adimplente com relação às disposições inseridas na Carta Constitucional pela Emenda nº 29/2000, consoante levantamento financeiro realizado pela Prefeitura quando da elaboração do seu Orçamento.

Em linhas bastante gerais, essa é a situação fática concreta do município, com enfoque no campo da saúde.

2.2. A GESTÃO MUNICIPAL DA SAÚDE NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO

A atuação no município "Q" na área da saúde, derivada da interpretação

3. Informações retiradas de: *Análise Técnica da Saúde*, v. 11, Secretaria Municipal de Saúde, 2011; *Monitoramento e Avaliação do Sistema Único de Saúde Nível Municipal*, v. 8, Secretaria Municipal de Saúde, 2011.

4. Informações retiradas de: *Análise Técnica da Saúde*, v. 11, Secretaria Municipal de Saúde, 2011; *Monitoramento e Avaliação do Sistema Único de Saúde Nível Municipal*, v. 8, Secretaria Municipal de Saúde, 2011.

que tem dado à legislação sanitária, vem sendo combatida por parte do Ministério Público, o que se evidencia pela propositura, por parte deste, de duas demandas judiciais questionando o modo como o município vem gerindo a Saúde em âmbito municipal e reputando-o, *prima facie*, de inconstitucional.

A grande questão-chave, geradora das controvérsias apontadas, diz respeito à legalidade ou não, da celebração de Termos de Parceria com entidades despidas de finalidades lucrativas, para que tais entidades promovam atividades de caráter sanitário em âmbito municipal. Trata-se, noutros termos, de saber se e em até que ponto é admitida a prestação de serviços públicos de saúde por entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), cujo regramento legal consta da Lei federal nº 9.790/99.

Para avaliar tal indagação, deve ser traçado um itinerário bastante complexo.

2.2.1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A PARTICIPAÇÃO PRIVADA NOS SERVIÇOS DE SAÚDE

A Constituição Brasileira de 1988, diploma carregado de forte inspiração liberal em seu viés econômico, é também, paradigmaticamente, muito influenciada pelos ventos soprados no pós-guerra. Assim, ao consagrar os Direitos Fundamentais, em seu título II, é inegável o caráter social que permeia o texto constitucional.

Como não poderia deixar de ser, nessa perspectiva, o constituinte de 1988 tratou o direito à saúde como direito fundamental dos mais caros ao cidadão, inscrevendo-o expressamente no *caput* do artigo 6º*, in verbis:*

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Mais adiante, no campo específico da Saúde, o legislador constituinte mais uma vez firmou a importância do direito à saúde, ao prever, no art. 196, sua generalidade e o dever estatal inescusável de sua prestação:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Para assegurar a concretização de tal direito, de forma racionalizada, a própria Constituição também trouxe previsão acerca da administração do sistema público de saúde, o SUS, mediante sua subdivisão nas três esferas de governo.

Trata-se do disposto no art. 198 do diploma constitucional:

> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
> I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
> II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
> III - participação da comunidade.

Desse panorama, pode-se notar que a temática da Saúde certamente foi eleita pelo constituinte como uma das mais importantes para a satisfação da população, eleita como direito fundamental social de prestação inescusável pelo Estado brasileiro.

Ante a realidade econômico-financeira do Estado brasileiro, o constituinte notou que a Saúde não poderia ser integralmente assegurada enquanto direito social simplesmente pela atribuição exclusiva de sua prestação ao ente público. Nessa lógica, a própria Constituição, em seu art. 199, deixa expressamente aberta a possibilidade de participação da iniciativa privada na Saúde – o que gera divergências na doutrina quanto à natureza de tal iniciativa: se caracterizada como atividade econômica ou serviço público.[5] Veja-se o teor de referido dispositivo:

> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Mas o constituinte foi além e, além de permitir a participação da *iniciativa privada nos serviços de saúde*, autorizou também a participação privada na prestação de serviços públicos de saúde. Trata-se do contido no parágrafo 1º do art. 199:

> § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

As duas hipóteses (art. 199, *caput* e art. 199, §1º) definitivamente não se confundem.

Isso porque, na cabeça do art. 199, o constituinte previu a iniciativa privada

5. Com base na clássica distinção exposta por Eros Roberto Grau em: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988,* 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

na prestação de serviços de saúde, o que é realizado pelo particular de forma lucrativa e sob regime jurídico de direito privado (ainda que sujeito à regulação estatal). Exemplo clássico dessa hipótese é a abertura de hospital privado, administrado inteiramente por particulares.

Ao revés, o §1º do art. 199 traz disposição diversa: aqui, o particular não age por iniciativa sua, mas sim por iniciativa do Estado. É o Estado, após notar que o sistema público de saúde precisa de melhoramentos, que busca no particular a solução para a correção do problema, contratando a prestação complementar de serviços de saúde. Por ser o particular, neste caso, parceiro do ente público que estará submetido ao regime jurídico público dos contratos e convênios públicos. Neste caso, a remuneração do particular decorrerá dos serviços que efetivamente prestar para o SUS, em caráter complementar, e terá como referência o montante contratado/conveniado.

Não senão por isso, há doutrinadores que, partindo da distinção entre as espécies de atividade econômica em sentido amplo elaborada por Eros Grau,[6] qualificam a prestação privada do caput do art. 199 como atividade econômica, ao passo que a atuação do §1º deste mesmo artigo consubstanciaria verdadeira hipótese de prestação de serviço público, em caráter complementar, por particular conveniado com o Estado.

Mediante rápida análise, portanto, é fácil notar que a participação privada no âmbito dos serviços públicos de saúde (SUS), prevista no art. 199, §1º da CF88, é hipótese expressamente autorizada – senão até mesmo recomendada – pelo atual diploma constitucional brasileiro.

Nessa senda, o artigo 197 da Constituição Federal é categórico ao prever:

> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Referida norma deixa assente de qualquer dúvida a possibilidade de prestação privada de serviços de saúde no âmbito no SUS, já que prevê a possibilidade de que as ações e serviços de saúde sejam executados diretamente, pelo Poder Público, ou indiretamente. Ora, diretamente significa a prestação por ente da Administração Pública Direta e indiretamente significa por meio de um terceiro, que apenas pode ser um agente privado alheio aos quadros da Administração Pública.

Além disso, ao final do dispositivo a Constituição ainda faz referência à prestação de serviços de saúde por pessoas físicas ou jurídicas de direito pri-

6. GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros, 1990.

vado, que o farão de modo terceirizado pelo Estado (como expressamente previsto na parte inicial do dispositivo), na condição de serviço público; ou de modo autônomo, como atividade privada de relevância pública.

É, portanto, inquestionável constitucionalmente a possibilidade de prestação privada de serviços públicos de saúde: a Carta expressamente autoriza, em diversos de seus dispositivos, tal compreensão.

Nesse prisma, não poderia ser diverso o entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal, ao referir-se ao artigo 197 da Constituição Federal:

> (...) Não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e ao controle estatais.[7]

Noutra oportunidade, quando do julgamento do mérito da ADIN 1923 (a qual impugna lei que trata de outro meio de parcerias com a iniciativa privada – as Organizações Sociais), a mesma Corte Excelsa foi categórica em admitir as parcerias na saúde. Senão, veja-se o que fez consignar em seu voto o relator do feito, ministro Carlos Ayres Brito:

> Quanto à possibilidade de destinação de recursos públicos às entidades privadas, exercentes de atividades de relevância pública, também não vacila a Constituição Federal, ainda que imponha a observância de certos requisitos. São evidências disso: a) a participação de instituições privadas no Sistema Único de Saúde, mediante contrato de direito público ou convênio (§ 1º do art. 199 da CF);
> (...)
> Nesse amplo contexto normativo, penso já se poder extrair uma primeira conclusão: os particulares podem desempenhar atividades que também correspondem a deveres do Estado, mas não são exclusivamente públicas. Atividades, em rigor, mistamente públicas e privadas, como efetivamente são a cultura, a saúde, a educação, a ciência e tecnologia e o meio ambiente. [8]

De igual inspiração, o ministro Luiz FUX deixou consignado que a ideologia constitucional é aquela que deve prevalecer. Destarte, além da forma, deve ser considerado também – e principalmente – o conteúdo. No caso do

7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.o 1923-5/DF, Tribunal Pleno, Relator Originário Min. Ilmar Galvão, Relator Min. Eros Grau, *Diário de Justiça da União,* 21 set. 2007.

8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.o 1923 – DF, Relator Ministro Carlos Brito.

direito fundamental à saúde, este deve ser, portanto, atendido com base no ferramental que a própria Constituição prevê. Eis o que dispõe o voto lavrado pelo ministro:

> A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevalecentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.
> (...)
> Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais. [9]

Ora, até mesmo em face da fundamentalidade do direito à saúde, a aplicação de tal entendimento torna-se ainda mais evidente. Alguns tribunais pátrios já sinalizam tal compreensão, de acordo com a qual no centro da esfera hermenêutica deve constar o direito fundamental à saúde, cuja garantia não pode ficar à mercê de entraves formais despidos de utilidade.[10]

Todavia, não é correto concluir, de tudo quanto foi exposto acima, que a Constituição de 1988 deu ampla e irrestrita liberdade ao administrador público, de modo que este pudesse buscar no setor privado uma fonte de parcerias ampla e irrestrita. Ao contrário, a possibilidade de prestação privada de serviços públicos de saúde apresenta, no texto constitucional, uma importante – e controvertida – delimitação.

E tal limitação encontra-se expressa no §1º do art. 199 do diploma constitucional, acima transcrito, quando prevê tal diploma que *as instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde.*

A menção do art. 199, §1º da CF é ratificada pela Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/1990, art. 4º, §2º, que assim dispõe:

---

9. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.o 1923 – DF, Relator ministro Carlos Brito.

10. Sobre o tema: SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.o 627.715-5/3-00 – SP. Relator: Des. Lineu Peinado. 07 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2008.

> § 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

Trata-se do que se convencionou denominar de princípio da *complementaridade*, de acordo com o qual somente se admite a prestação privada no campo do Sistema Único de Saúde caso tal atuação se dê de forma complementar à atuação direta do Poder Público.

A doutrina constitucionalista especializada digladia-se no tocante à conceituação do que seja a "complementaridade" exigida pelo texto constitucional, o que encontra importantes consequências quando da qualificação, no caso concreto de determinado ente federativo, das ações de saúde prestadas por entes particulares como complementares ou não. Tamanha a importância do tema que, a depender da interpretação que se dê ao termo "complementar", a atuação do ente privado na prestação de serviços públicos de saúde poderá ser considerada inconstitucional e, portanto, impugnável judicialmente por iniciativa de qualquer do povo (Ação Popular) ou do Ministério Público (Ação Civil Pública e Ação por Ato de Improbidade Administrativa).

Nessa perspectiva, a Lei Orgânica da Saúde (LOS) contém, em seu artigo 24, importante inovação não constante do texto constitucional:

> Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Essa norma verticaliza o §1º do art. 199, demonstrando, ao menos em linhas gerais, o que se deve entender por complementaridade da atuação privada no SUS. Assim, a Lei Orgânica da Saúde define ser participação privada complementar aquela que estiver vinculada aos casos em que houver *insuficiência na disponibilidade para a prestação de serviços por órgãos e entidades públicos*.

Nesse viés, costuma-se entender que para a caracterização da complementaridade na prestação privada de serviço público de saúde, tal prestação deve se dar de forma acessória, suplementar à garantia estatal do direito à saúde, visando a colmatar as deficiências ocasionadas pela insuficiência e/ou indisponibilidade de atuação estatal direta.

Como exemplo dessa tendência, pode-se mencionar a portaria nº 1.034, de 05 de maio de 2010, a qual dispõe sobre a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde:

> Art. 2º Quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o gestor estadual

> ou municipal poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, desde que:
> I - comprovada a necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde; e
> II - haja a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde.

A regulamentação infralegal do SUS manteve tal direção, estabelecendo novos limites à participação privada, em especial no que se refere ao argumento de que a participação privada deve ocorrer por meio da utilização da capacidade instalada das entidades privadas prestadoras de serviços públicos. Nesse sentido, a própria portaria nº 1.034/2010 determina que:

> Art. 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante contrato ou convênio, celebrado entre o ente público e a instituição privada, observadas as normas de direito público e o disposto nesta portaria.
> Parágrafo único. Para a complementaridade de serviços de saúde com instituições privadas serão utilizados os seguintes instrumentos:
> I - convênio, firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde;
> II - contrato administrativo, firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde; e
> III - contrato de gestão, firmado entre ente público e entidade privada qualificada como Organização Social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de serviços assistenciais à saúde.
> Art. 4º O Estado ou o Município deverão, ao recorrer às instituições privadas, dar preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos, observado o disposto na legislação vigente.

É interessante trazer à colação, nesse prisma, o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto, para quem a complementaridade da participação privada na prestação de serviços de saúde deve ser compreendida com fulcro na noção de *subsidiariedade,* de modo que a iniciativa privada apenas deve prestar serviços públicos de saúde nos casos de deficiência do Estado em fazê-lo diretamente – e não o contrário. Nas palavras do autor:

> Tanto a Constituição quanto a lei estabelecem de que forma tal participação se dará. Ela se relaciona à ideia de insuficiência da rede pública de saúde, ou seja, à ideia de subsidiariedade da rede privada em relação à rede

> pública, servindo para suprir deficiências ou insuficiência da última. Assim é que o artigo 199, § 1.o, da Constituição estabelece expressamente que a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde se dará "de forma complementar".[11]

Em que pese o entendimento predominante acerca da prioridade a ser conferida à prestação direta de serviços públicos pelo Estado, não se pode olvidar que a participação privada, por diversos motivos, pode tornar-se essencial. Tal essencialidade decorre da própria natureza dos serviços de saúde – os quais têm como característica a indução de demanda pelo aumento da oferta – e da disciplina constitucional que prevê sua prestação de modo universal, integral e gratuito.

Sob outro ângulo, ao tratar da complementaridade da participação privada no SUS, a Constituição brasileira não pretendeu atribuir caráter precário, transitório e instável aos vínculos firmados entre o Estado e entidades privadas prestadoras de serviços. Pelo contrário, o que buscou a Constituição de 1988 foi impor o regime jurídico compatível à prestação privada de serviços públicos de saúde.

Sobre o tema já tivemos a oportunidade de refletir em nossa Tese de Doutoramento defendida na Universidade de São Paulo, resultante em livro em que assim consignamos:

> [...] a interpretação da Constituição deve levar em conta a realidade e deve ter como objetivo a *máxima efetivação dos direitos fundamentais*. Desse modo, considerando que a hipótese de maior eficiência na garantia do direito à saúde pode ser obtida por meio da prestação privada, não se justifica manter tal entendimento. A fixação dos limites entre a prestação estatal direta de serviços de saúde e sua prestação indireta, por meio de parcerias com a iniciativa privada, não pode ser encontrada na expressão geral, abstrata e despida de conteúdo como é a *forma complementar* da participação privada.
>
> Insistir em tese oposta à ora defendida não apenas gera insegurança jurídica – decorrente das ações patrocinadas, sobretudo, pelo Ministério Público –, mas também conduz a uma interpretação equivocada, segundo a qual a participação privada no sistema público de saúde deve ser tratada como *transitória e improvisada*, o que a tornaria *instável e precária*. Tais características dos vínculos firmados entre a Administração Pública e os prestadores privados constituem um dos graves problemas que afrontam os serviços públicos de saúde no Brasil.
>
> A participação privada nos serviços de saúde, como demonstra a experi-

11. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. *Revista de Direito Público da Economia,* Belo Horizonte, ano 3, n.9, p.112, jan./mar. 2003.

> ência histórica e internacional é indispensável, mas tanto mais se apresenta útil quanto mais estáveis e seguros os vínculos que a disciplinam. Apenas um Direito Administrativo apto a lidar com a complexidade atual do setor de saúde possibilitará a existência de uma Administração Pública forte e um Estado eficiente na garantia dos direitos fundamentais – especificamente o direito à saúde. [12]

Nesse contexto, pode-se afirmar que, com os balizamentos acima traçados, ao permitir expressamente a prestação privada nos serviços públicos de saúde, a Constituição abre a possibilidade da assim chamada "terceirização de atividade-fim" no campo da saúde.

A terceirização de atividades-fim pela Administração Pública é hipótese amplamente vista pela doutrina – e mesmo pela legislação – como inconstitucional, consistindo em caso no qual o Poder Público, visando desamarrar-se do regime jurídico administrativo a que está submetido, contrata servidores públicos pela via indireta, utilizando-se de pessoa interposta, em evidente burla à exigência constitucional do concurso público.

Tal atitude por parte da Administração Pública é condenável em *praticamente* todos os campos de sua atuação, consistindo em hipótese flagrantemente inconstitucional (art. 37, II). [13]

No campo da Saúde, entretanto, a questão deve ser examinada sob outro ângulo. A mera interposição de mão de obra não deve ser admitida. No entanto, a terceirização de atividade-fim pela Administração Pública (terceirização de serviços), por expressa determinação constitucional, não é ilícita. Isso porque, à exaustão do já exposto, o art. 199, §1º da Carta Constitucional prevê com todas as letras que é permitida a participação privada em serviços públicos de saúde (no SUS, portanto), disposição esta que é repetida na Lei Orgânica da Saúde.

Como visto, a única limitação disposta, tanto constitucionalmente quando infraconstitucionalmente, é que tal prestação privada se dê em caráter complementar. E, como também já se analisou, tal complementaridade vincula-se às hipóteses em que o Poder Público não tem condições de atender de forma suficiente à população prestando o serviço de saúde apenas de forma direta.

Ora, não prevê em momento algum a Constituição e nem a legislação infraconstitucional pertinente que a prestação privada de serviços públicos de

---

12. MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde.* Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 162-163.

13. "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

saúde, além de complementar, deve se dar apenas com relação às atividades-meio da saúde. Muito menos prevê que o caráter de complementaridade está vinculado a tal aspecto.

Mesmo porque seria absurdamente ilógico ao constituinte prever a possibilidade de prestação privada complementar em serviços públicos de saúde, e ao mesmo tempo restringir tal prestação às atividades-meio: se a complementaridade da prestação privada se reporta justamente aos casos em que o Poder Público não tem condições de prestar diretamente o serviço, é óbvio que o ente privado, nesses casos, desempenhará atividades-fim de saúde no lugar do Estado, para bem atender a população.

De nada adiantaria o art. 197 e art. 199, §1º da Constituição caso se admitisse apenas a terceirização de atividades-meio, como por exemplo, conservação e limpeza. Se a prestação privada se restringisse a tais áreas, sequer se pode falar em prestação privada de serviços de saúde! Trata-se de mera prestação de serviços acessórios, que certamente não foram alvo do raciocínio constituinte quando da redação do §1º do art. 199.

É o que concluímos em obra conjunta com Gustavo Justino de OLIVEIRA:

> No âmbito da saúde, conforme demonstrado, é expressamente permitida a prestação do serviço por terceiros. Admite a Constituição de 1988, peremptoriamente, a terceirização (em sentido amplo) das ações e serviços de saúde. [14]

Nesse sentido, retoma-se a disciplina infralegal sobre o tema, em específico a Norma Operacional Básica - NOB/SUS no 01/96, em seu Item no 4, que trata do Sistema de Saúde Municipal, dispondo expressamente que:

> Os estabelecimentos desse subsistema municipal, do SUS Municipal, não precisam ser, obrigatoriamente, de propriedade da prefeitura, nem precisam ter sede no território do Município. Suas ações, desenvolvidas pelas unidades estatais (próprias, estaduais ou federais) ou privadas (contratadas ou conveniadas, com prioridade para as entidades filantrópicas), têm que estar organizadas e coordenadas de modo que o gestor municipal possa garantir à população o acesso aos serviços e a disponibilidade das ações e dos meios para o atendimento integral.

Isso tudo implica afirmar que, independentemente de a administração (*gerência)* dos estabelecimentos prestadores de serviços de saúde competir a ente

14. MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Gustavo H. Justino de. *Parcerias na Saúde* – Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 51/2006 E a Lei Federal nº 11.350/2006. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 33-34.

estatal ou privado, a *gestão* de todo o sistema de saúde é que é, necessariamente, de competência do poder público e exclusiva desta esfera de governo, respeitadas as atribuições do respectivo Conselho e de outras diferentes instâncias de poder.[15]

Ora, essa compreensão é evidente e foi bem explicada pelo doutrinador francês Gilles GUGLIELMI, para quem: "Os órgãos encarregados da gestão são sempre aqueles de uma pessoa pública, pois o serviço público é uma atividade de interesse geral, garantido ou assumido por uma pessoa pública".[16]

Nessa medida, cumpre pontuar que o sistema público de saúde abrange muito mais do que simplesmente a prestação de serviços de saúde em si. Senão veja-se o que dispõe o artigo 200 da Constituição Republicana, ao trazer as ações públicas passíveis de garantir a saúde à população:

> Art. 200. Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
> I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
> II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
> III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
> IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
> V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
> VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
> VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

15. Nos termos da NOB 01/96, aprovada pela Portaria GM/MS no 2.203/96, são atribuídos significados diversos para os termos *gerência* e *gestão*. Enquanto a gerência é conceituada como sendo *a administração de uma unidade ou órgão de saúde, (ambulatório, hospital, instituto, fundação, etc.), que se caracteriza como prestador de serviços ao sistema,* a gestão é a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria. Nesse sentido, o ato normativo em referência qualifica como *gestores do SUS os Secretários Municipais e Estaduais de Saúde e o Ministro da Saúde, que representam, respectivamente, os governos municipais, estaduais e federal.* De qualquer modo, importa ter claro que, nos termos do artigo 198, inciso I, da Constituição Federal, a gestão do sistema de saúde em cada um dos níveis federativos deve ser única e, evidentemente, realizada pelo Poder Público. Tal dispositivo constitucional não determina, entretanto, que a execução dos serviços seja desempenhada pela iniciativa privada.

16. GUGLIELMI, Gilles. *Introduction au droit des services publics.* Paris: EJA, 1994. p.69

> VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Note-se daí, então, que dentre as *ações de saúde* passíveis de serem tomadas pelo Poder Público, a prestação propriamente dita de *serviços públicos de saúde* é apenas uma delas. Nesses serviços, nos termos da Constituição, admite-se tanto a prestação pública quanto a prestação privada, desde complementar. Ao privado é plenamente possível *gerenciar* a prestação de serviço público de saúde (por exemplo, mediante gestão de um Hospital Público Municipal), desde que seja reservada ao Poder Público a *gestão* do sistema de saúde como um todo.

Afinal, a decisão do ente público de firmar parcerias com o setor privado para a prestação de serviços públicos de saúde já constitui, em si, atitude que compete exclusivamente ao ente público, em ato que manifesta a gestão de saúde pública.

Ou seja: a Constituição Federal, ao expressamente prever a possibilidade da participação privada complementar na prestação de serviços públicos de saúde – no âmbito do SUS, portanto –, não vedou a assim chamada terceirização de serviço no campo da saúde, visto que aqui, ao contrário dos demais campos, não ocorre burla à exigência constitucional do concurso público, mas sim, ao contrário, concretização de permissivo constitucional expresso.

Destarte, entende-se plenamente possível sustentar que da *forma complementar* de participação privada nos serviços públicos de saúde, prevista no §1º do art. 199 da Constituição, não é possível extrair limitação à *esfera de atuação estatal direta* e à *esfera passível de atuação privada contratada ou conveniada*. Trata a previsão apenas da possibilidade de prestação tanto de uma forma (direta) quanto de outra (indireta), desde que, no caso desta, revista-se dos critérios de complementaridade.

2.2.2. A SAÚDE NO MUNICÍPIO "Q"

Finalmente, analisados os dispositivos constitucionais, legais e infralegais que tratam da Saúde na Constituição de 1988 e avaliado o cabimento da prestação privada complementar, de serviços públicos de saúde, desemboca-se no cerne do presente estudo. Passa-se, pois, a enfrentar a situação da gestão municipal da saúde no município "Q", a fim de perquirir acerca da licitude da metodologia que vem se utilizando o município para a prestação de serviços públicos de saúde.

De início, cumpre fazer um breve histórico, a fim de que se compreenda como evoluiu a saúde pública no município "Q".

No Plano Estratégico denominado Saúde da Família, o município contava, em 1994, com 4 (quatro) equipes multiprofissionais, seguindo o modelo as-

sistencial de Cuba. Em 1996, tal trabalho foi desarticulado em decorrência de problemas estruturais, em especial a insuficiência de pessoal. Em 2001, as 4 (quatro) equipes foram reestruturadas, o que não deu conta da nova realidade do município por conta do aumento populacional. Diante disso, em 2003 foi expandida toda a rede assistencial, com a instauração de mais 2 (duas) unidades. A despeito disso, a cobertura assistencial da atenção básica no município ainda estava muito aquém do exigido pelo SUS (70%), contando o município com apenas 27% (vinte e sete por cento) de cobertura.

Ante essa situação, e tomando por base sua realidade orçamentária e de pessoal, o município "Q" encontrou uma alternativa que considerou juridicamente plausível, após ter realizado consulta junto ao Tribunal de Contas do Estado "X"[17]: a celebração de termos de parceria com OSCIPS, consoante previsto na Lei n. 9.790/99, para prestação de serviços públicos de saúde em caráter complementar.

Em 2004, a partir do início de vigência das parcerias – realizadas após procedimento licitatório – o município expandiu o atendimento do PSF para todas as famílias mais afastadas, inclusive da área rural do município. A cobertura assistencial, que era de 27% (vinte e sete por cento), passou, em apenas um ano de parceria, para 81% (oitenta e um por cento), muito acima do padronizado pelo SUS. Finalmente, em 2006, contando com o auxílio dos Termos de Parceria com as OSCIPs, o município atingiu a meta, contando com cobertura assistencial de 100% (cem por cento) na atenção básica.

Diante desse panorama, pode-se notar que a celebração de Termos de Parceria entre o município e OSCIPs, a partir de 2004, imprimiu uma aceleração assombrosa à prestação de serviços públicos de assistência à saúde no Município. Os dados empíricos demonstram cabalmente que as parcerias com as OSCIPs, entidades privadas despidas de finalidade lucrativa, foram imprescindíveis para a expansão da cobertura de atenção básica à saúde, de 27% (vinte e sete por cento) para 100% (cem por cento) em menos de três anos. Após tais parcerias, o município "Q" passou a ocupar o 3º lugar estadual em matéria de qualidade de saúde, consoante estudo de 2010, ocupando o 1º lugar regional (região norte de seu Estado).

De outro prisma, no que toca ao Hospital Municipal, responsável pela atenção terciária à saúde dos munícipes, a celebração de parcerias com OSCIPs obteve resultados igualmente satisfatórios.

Em 2003, antes da celebração das parcerias, o Hospital Municipal funcionava em prédio antigo, contando com 40 (quarenta) leitos. Com a economia de recursos decorrente das parcerias com as OSCIPs, em 2004 tornou-se viável a construção de novo prédio para o hospital, o qual passou a contar com

17. Consulta nº 200.514-03/2003.

74 (setenta e quatro) leitos - quase o dobro do que possuía anteriormente. Em 2007, inaugurou-se a Unidade de Tratamento Intensivo no município, contando com 6 (seis) leitos, totalmente custeada pelo município. Em 2010, aderiu ao Pacto da Saúde, disponibilizando seus leitos para toda a região norte fluminense. No corrente ano, credenciou-se junto ao Ministério da Saúde, para obtenção de repasses financeiros que deverão auxiliar no custeio das despesas com a UTI. Em 2010, o Hospital atendeu 115.582 (cento e quinze mil, quinhentos e oitenta e dois) pacientes.

A celebração dos Termos de Parceria com as OSCIPs, desde 2004, permite a prestação de serviços médicos complementares pelo parceiro privado, sendo que a gestão do hospital é realizada integralmente pela Administração Municipal, em conjunto com a Coordenação de Controle, Avaliação, Regulação e Auditoria. No Hospital, aproximadamente 70% (setenta por cento) dos servidores são estatutários do município, e 30% (trinta por cento) pertencem aos quadros da OSCIP, parceira do Poder Público na prestação dos serviços de saúde em caráter complementar.

Nota-se, portanto, que a celebração de parcerias entre o município e as OSCIPs para prestação de serviços públicos de saúde mostra-se bastante exitosa, tendo a saúde pública atingido níveis de progressão bastante satisfatórios em termos de cobertura e qualidade assistencial a partir de 2004, quando se iniciaram as parcerias.

Resta, finalmente, avaliar se a gestão municipal de saúde, fundada que é na realização de parcerias com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, é válida em termos formais, ou seja, se o instrumento do Termo de Parceria é juridicamente apto e constitucional para aprimorar a prestação de serviços públicos de saúde em âmbito municipal.

Nessa medida, tudo quanto foi dito acima, no que diz respeito à disciplina constitucional da prestação de serviços públicos de saúde, tem aqui plena aplicação.

A prestação de serviços públicos de saúde, dever inescusável do Estado nos termos da Constituição, é meio de concretização de um direito fundamental social dos mais caros à população brasileira. Como tal, a carência de sua prestação, ainda que parcial, pode acarretar imensos prejuízos aos cidadãos.

Por isso, preocupado com a possibilidade de o Estado, por qualquer motivo que seja – orçamentário, jurídico, administrativo ou material – abster-se de prestar o serviço de saúde, o constituinte de 1988 deixou expressamente prevista a possibilidade de prestação privada de serviços públicos de saúde – no âmbito do SUS, portanto – colocando apenas um limitador: que tal prestação se dê de forma complementar. Tal complementaridade, como também visto acima, reporta-se aos casos em que o Estado não tem condições materiais de atender com suficiência toda a população.

A atuação privada no serviço público de saúde é, portanto, condicionada à celebração de parceria com o Poder Público competente, que poderá delegar parcela da prestação de serviços públicos assistenciais à entidade privada, contanto que cinja tal prestação de modo restrito, para que atenda ao caractere da complementaridade.

Numa análise bastante exaustiva, parece que foi exatamente esse o sentido trilhado pelo Município quando da opção pela celebração de Termos de Parceria com as OSCIPs.

Diante: (i) da insuficiente cobertura assistencial no município (menos de 30% [trinta por cento], quando o Ministério da Saúde exige ao menos 70% [setenta por cento]); e (ii) tendo em vista a situação do Hospital Municipal (que ocupava prédio antigo, em ruínas, e não oferecia número de leitos suficientes à população municipal), o município efetuou consulta junto ao Tribunal de Contas do Estado, a fim de saber se era viável a celebração de Termos de Parceria com OSCIPs para a complementação do defasado sistema municipal de saúde. Atento à situação concreta do município, o TCE, sabidamente, houve por bem opinar no sentido da plausibilidade da celebração das parcerias em questão.

O acerto da opinião do TCE deve-se a vários motivos.

O primeiro deles, já analisado acima, é a possibilidade – ditada pela própria Constituição – de prestação privada de serviço público de saúde, hipótese em que o particular presta serviços não no âmbito da iniciativa privada, e sim no âmbito do Sistema Único de Saúde, de forma complementar a atuação direta do ente público.

O segundo motivo, e talvez o mais importante, é que, em conformidade com a exigência Constitucional, a prestação de serviços de saúde pela OSCIP ao município "Q" ocorre, efetivamente, de forma complementar.

Como visto acima, a noção – tanto legal quanto doutrinária – de complementaridade na prestação de serviços públicos de saúde vincula-se a dois aspectos principais: (i) insuficiência de recursos estatais (logo, insuficiência da prestação material de serviços de saúde pelo Poder Público, diretamente); (ii) subsidiariedade da prestação privada em relação àquela feita pelo Poder Público.

Ora, analisando cuidadosamente os Termos de Parceria celebrados entre o município e a OSCIP parceira, escolhida após procedimento licitatório, é nítido constatar que eles têm como real objetivo *complementar* os serviços públicos de saúde prestados pelo ente estatal, o que faz por meio de projetos que são desenvolvidos em setores em relação aos quais o município não possui condições administrativas, técnicas ou financeiras de atuar.

Nessa medida, nenhum dos termos de parceria celebrados entre o município "Q" e a OSCIP mostra-se apto a descaracterizar a complementaridade

do serviço prestado pelo parceiro privado: em todos eles, consta específica previsão de qual a ação de saúde que está sendo atribuída a encargo do ente privado, não havendo expressão genérica que possa sequer implicar uma inconstitucional delegação *in totum* do serviço municipal de saúde à OSCIP.

Ao contrário, todos os Termos de Parceria firmados contêm objetos específicos, bem delimitados, entregando à esfera de administração da OSCIP parcela pequena da prestação de serviços de saúde oferecidos pelo município. A subsidiariedade dos serviços prestados pela OSCIP é evidente, já que o município presta diretamente quase 70% (setenta por cento) dos serviços públicos de saúde municipais, conforme se verifica da documentação que instruiu o pedido de parecer.

Ademais, cumpre notar que a contratação da OSCIP para a prestação dos serviços de saúde no município "Q" se deu de forma plenamente legal, e mais, devidamente motivada.

Nessa senda, a motivação do ato de celebração dos Termos de Parceria reside em dois fatores fundamentais.

Como sabido, nos termos da lei nº 9.478/97, os municípios em cujo território se situe zona onde ocorra a exploração de petróleo, pela União ou suas concessionárias, recebem os chamados *royalties*, parcelas que funcionam como compensação financeira por tal extração. É o caso do município "Q".

Procurando utilizar tais verbas da melhor forma possível, seguindo as normas financeiras aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, o município "Q" houve por bem aplicá-las na saúde. No entanto, viu-se diante de inexorável óbice de ordem legal, consubstanciado no art. 8º da lei nº 7.990/89, em redação dada pela lei n. 8.001/90:

> Art. 8º O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal.

A legislação mencionada, aplicável ao Município, veda expressamente a utilização dos recursos provenientes da distribuição dos *royalties* para o pagamento de despesas com pessoal.

Diante disso, a alternativa mais viável encontrada pelo município foi, justamente, aquela aqui discutida, consistente na celebração de Termos de Parceria

com entidade sem finalidade lucrativa, repassando a ela os valores para que atuasse complementarmente na área da saúde municipal. Tudo em estrita observância ao regramento constitucional da saúde, acima descrito.

O segundo fator utilizado para motivação do ato do município possui natureza fática: trata-se da quase que inevitável deserção dos concursos públicos realizados no município para provimento em cargos de saúde, nos quais praticamente não acudiam interessados. Nessa medida, em praticamente todos os certames abertos pelo município, orientados à contratação de médicos, enfermeiros, etc., o número de candidatos que compareceu (até mesmo pela pequena densidade populacional do município) não atendeu às necessidades da Administração Pública.

A decisão do município de celebrar os Termos de Parceria com OSCIPs para a prestação de serviços públicos complementares na área da saúde ao invés de prestá-los diretamente, deu-se, portanto, estritamente pautada nos balizamentos do ordenamento jurídico nacional e nas circunstâncias fáticas que compõem a sua realidade enquanto município.

De mais a mais, é de bom alvitre frisar que, ao que parece, não atua a OSCIP como mera intermediadora de mão de obra para o ente municipal, e sim como sua verdadeira parceira, complementando a prestação de serviços públicos de saúde no âmbito do SUS e, assim, contribuindo para a elevação do nível de qualidade e de cobertura da saúde municipal, consoante demonstram os dados acima assinalados.

Assim, por prestar serviço público de saúde em caráter complementar no município, a OSCIP atende aos requisitos que autorizam a participação privada na saúde, na dicção do art. 199, §1º da CF88. É, pois, plenamente legal e constitucional a prestação complementar de serviços públicos gratuitos de saúde no município "Q" por entidades qualificadas como OSCIPs, de acordo com os termos de parceria firmados mediante prévio processo licitatório.

3. CONCLUSÕES

Ante tudo quanto foi exposto, considerando que:

> (i) A Constituição expressamente autoriza a prestação privada complementar de serviços públicos de saúde;
>
> (ii) A complementaridade dos serviços reporta-se à insuficiência de cobertura pelo ente público e pela subsidiariedade de sua prestação pelo ente privado;
>
> (iii) É plenamente possível contratar com o parceiro privado a prestação

de serviços de saúde que consubstanciam "atividade-fim" (terceirização de serviço) da área em questão, sob pena de ineficácia absoluta do permissivo constitucional;

(iv) O Município não possui condições administrativas e nem financeiras para prestar integralmente o serviço público de saúde, ante os balizamentos de seu caso específico (concursos desertos, *royalties*, etc.);

(v) A prestação de serviços públicos de saúde pela OSCIP, parceira do município após assinatura de Termo de Parceria precedido de procedimento licitatório, se dá em caráter complementar;

(vi) O próprio TCE após consulta do município, emitiu parecer opinando no sentido da legalidade da celebração de Termos de Parceria entre o município "Q" e OSCIP para prestação de serviços complementares de saúde.

Conclui-se, bem avaliada a situação do município e toda a documentação que instruiu o presente estudo, ser plenamente constitucional e regular a metodologia que vem utilizando o município desde 2004 para gestão do sistema municipal de saúde, mediante celebração de termos de parceria com OSCIP para prestação de serviços públicos de saúde, os quais, no caso, mostram-se plenamente regulares por atender adequadamente ao requisito da complementaridade, de modo que podem (devem) ter sua celebração/renovação assegurada, até mesmo pelos elogiáveis avanços que tais parcerias têm propiciado no campo da saúde municipal.

No entanto, a despeito disso, não é demais acentuar que, para que permaneça válida a conclusão aqui sacada, o município "Q" deverá continuamente observar uma série de critérios no decorrer do termo com a OSCIP parceira. Em destaque, deve o município atentar para os seguintes dados:

- Devem ser observados, como ocorreu na seleção da atual OSCIP parceira, os princípios da licitação para seleção do ente privado, mediante concurso de projetos;
- Os termos de parceria devem ser firmados sempre por meio de projetos, com prazos e metas pré-definidos, de modo a proporcionar sua efetiva fiscalização;
- Deve haver incessante fiscalização dos termos de parceria celebrados entre o município e as OSCIPs;
- Deve haver responsabilização da entidade privada e também dos fiscalizadores dos termos de parceria por eventuais desvios (tanto desvios de finalidade na atuação da entidade quanto de recursos públicos);

- O gerenciamento dos recursos repassados deve ser realizado de acordo com o regulamento próprio de aquisição de bens e serviços elaborado pela OSCIP, nos termos da Lei nº 9.790/99, observados os princípios da Administração Pública;
- Não é demais frisar que o serviço público de saúde municipal continua sendo de titularidade do município, que deve garantir sua concretização do modo adequado à população;
- A entidade privada contratada não pode servir como mera intermediadora de mão de obra, mas é plenamente possível que se torne gerenciadora de determinados serviços, os quais compõem um projeto ou consistem em um serviço que integra o SUS (nos termos do art. 200 da CF).

Assim atuando, o município "Q" demonstra estar agindo em plena consonância com o ordenamento jurídico pátrio no que concerne à garantia de prestação de um dos direitos fundamentais sociais mais caros à população, atitude que, encarada sem preconceitos, demonstra quão saudável pode ser a parceria entre o setor público e o setor privado na área da saúde.

DECRETO Nº 7.508, DE 28 DE JUNHO DE 2011.

Regulamenta a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei no 8.080, 19 de setembro de 1990,

DECRETA:

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa.

Art. 2º Para efeito deste Decreto, considera-se:

I - Região de Saúde - espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de Municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde;

- Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde - acordo de colaboração firmado entre entes federativos com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada, com definição de responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de avaliação de desempenho, recursos financeiros que serão disponibilizados, forma de controle e fiscalização de sua execução e demais elementos necessários à im-

plementação integrada das ações e serviços de saúde;

- Portas de Entrada - serviços de atendimento inicial à saúde do usuário no SUS;

IV - Comissões Intergestores - instâncias de pactuação consensual entre os entes federativos para definição das regras da gestão compartilhada do SUS;

V - Mapa da Saúde - descrição geográfica da distribuição de recursos humanos e de ações e serviços de saúde ofertados pelo SUS e pela iniciativa privada, considerando-se a capacidade instalada existente, os investimentos e o desempenho aferido a partir dos indicadores de saúde do sistema;

VI - Rede de Atenção à Saúde - conjunto de ações e serviços de saúde articulados em níveis de complexidade crescente, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência à saúde;

VII - Serviços Especiais de Acesso Aberto - serviços de saúde específicos para o atendimento da pessoa que, em razão de agravo ou de situação laboral, necessita de atendimento especial; e

VIII - Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica - documento que estabelece: critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

CAPÍTULO II
DA ORGANIZAÇÃO DO SUS

Art. 3º O SUS é constituído pela conjugação das ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde executados pelos entes federativos, de forma direta ou indireta, mediante a participação complementar da iniciativa privada, sendo organizado de forma regionalizada e hierarquizada.

Seção I

Das Regiões de Saúde

Art. 4º As Regiões de Saúde serão instituídas pelo Estado, em articulação com os Municípios, respeitadas as diretrizes gerais pactuadas na Comissão Intergestores Tripartite - CIT a que se refere o inciso I do art. 30.

1º Poderão ser instituídas Regiões de Saúde interestaduais, compostas por Municípios limítrofes, por ato conjunto dos respectivos Estados em articulação com os Municípios.

2º A instituição de Regiões de Saúde situadas em áreas de fronteira com outros países deverá respeitar as normas que regem as relações internacionais.

Art. 5º Para ser instituída, a Região de Saúde deve conter, no mínimo, ações e serviços de:

I - atenção primária;

II - urgência e emergência;

III - atenção psicossocial;

IV - atenção ambulatorial especializada e hospitalar; e

V - vigilância em saúde.

Parágrafo único. A instituição das Regiões de Saúde observará cronograma pactuado nas Comissões Intergestores.

Art. 6º As Regiões de Saúde serão referência para as transferências de recursos entre os entes federativos.

Art. 7º As Redes de Atenção à Saúde estarão compreendidas no âmbito de uma Região de Saúde, ou de várias delas, em consonância com diretrizes pactuadas nas Comissões Intergestores.

Parágrafo único. Os entes federativos definirão os seguintes elementos em relação às Regiões de Saúde:

I - seus limites geográficos;

II - população usuária das ações e serviços;

III - rol de ações e serviços que serão ofertados; e

IV - respectivas responsabilidades, critérios de acessibilidade e escala para conformação dos serviços.

Seção II

Da Hierarquização

Art. 8º O acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas Portas de Entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço.

Art. 9º São Portas de Entrada às ações e aos serviços de saúde nas Redes de Atenção à Saúde os serviços:

I - de atenção primária;

II - de atenção de urgência e emergência;

III - de atenção psicossocial; e

IV - especiais de acesso aberto.

Parágrafo único. Mediante justificativa técnica e de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores, os entes federativos poderão criar novas Portas de Entrada às ações e serviços de saúde, considerando as características da Região de Saúde.

Art. 10. Os serviços de atenção hospitalar e os ambulatoriais especializados, entre outros de maior complexidade e densidade tecnológica, serão referenciados pelas Portas de Entrada de que trata o art. 9º.

Art. 11. O acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde será ordenado pela atenção primária e deve ser fundado na avaliação da gravidade do risco individual e coletivo e no critério cronológico, observadas as especificidades previstas para pessoas com proteção especial, conforme legislação vigente.

Parágrafo único. A população indígena contará com regramentos diferenciados de acesso, compatíveis com suas especificidades e com a necessidade

de assistência integral à sua saúde, de acordo com disposições do Ministério da Saúde.

Art. 12. Ao usuário será assegurada a continuidade do cuidado em saúde, em todas as suas modalidades, nos serviços, hospitais e em outras unidades integrantes da rede de atenção da respectiva região.

Parágrafo único. As Comissões Intergestores pactuarão as regras de continuidade do acesso às ações e aos serviços de saúde na respectiva área de atuação.

Art. 13. Para assegurar ao usuário o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde do SUS, caberá aos entes federativos, além de outras atribuições que venham a ser pactuadas pelas Comissões Intergestores:

I - garantir a transparência, a integralidade e a equidade no acesso às ações e aos serviços de saúde;

II - orientar e ordenar os fluxos das ações e dos serviços de saúde;

III - monitorar o acesso às ações e aos serviços de saúde; e

IV - ofertar regionalmente as ações e os serviços de saúde.

Art. 14. O Ministério da Saúde disporá sobre critérios, diretrizes, procedimentos e demais medidas que auxiliem os entes federativos no cumprimento das atribuições previstas no art. 13.

CAPÍTULO III
DO PLANEJAMENTO DA SAÚDE

Art. 15. O processo de planejamento da saúde será ascendente e integrado, do nível local até o federal, ouvidos os respectivos Conselhos de Saúde, compatibilizando-se as necessidades das políticas de saúde com a disponibilidade de recursos financeiros.

§ 1º O planejamento da saúde é obrigatório para os entes públicos e será indutor de políticas para a iniciativa privada.

2º A compatibilização de que trata o caput será efetuada no âmbito dos pla-

nos de saúde, os quais serão resultado do planejamento integrado dos entes federativos, e deverão conter metas de saúde.

3º O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, de acordo com as características epidemiológicas e da organização de serviços nos entes federativos e nas Regiões de Saúde.

Art. 16. No planejamento devem ser considerados os serviços e as ações prestados pela iniciativa privada, de forma complementar ou não ao SUS, os quais deverão compor os Mapas da Saúde regional, estadual e nacional.

Art. 17. O Mapa da Saúde será utilizado na identificação das necessidades de saúde e orientará o planejamento integrado dos entes federativos, contribuindo para o estabelecimento de metas de saúde.

Art. 18. O planejamento da saúde em âmbito estadual deve ser realizado de maneira regionalizada, a partir das necessidades dos Municípios, considerando o estabelecimento de metas de saúde.

Art. 19. Compete à Comissão Intergestores Bipartite - CIB de que trata o inciso II do art. 30 pactuar as etapas do processo e os prazos do planejamento municipal em consonância com os planejamentos estadual e nacional.

CAPÍTULO IV
DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Art. 20. A integralidade da assistência à saúde se inicia e se completa na Rede de Atenção à Saúde, mediante referenciamento do usuário na rede regional e interestadual, conforme pactuado nas Comissões Intergestores.

Seção I

Da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES

Art. 21. A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde.

Art. 22. O Ministério da Saúde disporá sobre a RENASES em âmbito na-

cional, observadas as diretrizes pactuadas pela CIT.

Parágrafo único. A cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENASES.

Art. 23. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pactuarão nas respectivas Comissões Intergestores as suas responsabilidades em relação ao rol de ações e serviços constantes da RENASES.

Art. 24. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar relações específicas e complementares de ações e serviços de saúde, em consonância com a RENASES, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo seu financiamento, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.

Seção II

Da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME

Art. 25. A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.

Parágrafo único. A RENAME será acompanhada do Formulário Terapêutico Nacional - FTN que subsidiará a prescrição, a dispensação e o uso dos seus medicamentos.

Art. 26. O Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas em âmbito nacional, observadas as diretrizes pactuadas pela CIT.

Parágrafo único. A cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME, do respectivo FTN e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

Art. 27. O Estado, o Distrito Federal e o Município poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.

Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:

I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;

II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;

III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e

IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

§ 1º Os entes federativos poderão ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica, desde que questões de saúde pública o justifiquem.

§ 2º O Ministério da Saúde poderá estabelecer regras diferenciadas de acesso a medicamentos de caráter especializado.

Art. 29. A RENAME e a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos somente poderão conter produtos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

CAPÍTULO V
DA ARTICULAÇÃO INTERFEDERATIVA

Seção I

Das Comissões Intergestores

Art. 30. As Comissões Intergestores pactuarão a organização e o funcionamento das ações e serviços de saúde integrados em redes de atenção à saúde, sendo:

I - a CIT, no âmbito da União, vinculada ao Ministério da Saúde para efeitos administrativos e operacionais;

II - a CIB, no âmbito do Estado, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde para efeitos administrativos e operacionais; e

III - a Comissão Intergestores Regional - CIR, no âmbito regional, vincula-

da à Secretaria Estadual de Saúde para efeitos administrativos e operacionais, devendo observar as diretrizes da CIB.

Art. 31. Nas Comissões Intergestores, os gestores públicos de saúde poderão ser representados pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde - Conass, pelo Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde - CONASEMS e pelo Conselho Estadual de Secretarias Municipais de Saúde - COSEMS.

Art. 32. As Comissões Intergestores pactuarão:

I - aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, de acordo com a definição da política de saúde dos entes federativos, consubstanciada nos seus planos de saúde, aprovados pelos respectivos conselhos de saúde;

II - diretrizes gerais sobre Regiões de Saúde, integração de limites geográficos, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federativos;

III - diretrizes de âmbito nacional, estadual, regional e interestadual, a respeito da organização das redes de atenção à saúde, principalmente no tocante à gestão institucional e à integração das ações e serviços dos entes federativos;

IV - responsabilidades dos entes federativos na Rede de Atenção à Saúde, de acordo com o seu porte demográfico e seu desenvolvimento econômico-financeiro, estabelecendo as responsabilidades individuais e as solidárias; e

V - referências das regiões intraestaduais e interestaduais de atenção à saúde para o atendimento da integralidade da assistência.

Parágrafo único. Serão de competência exclusiva da CIT a pactuação:

I - das diretrizes gerais para a composição da RENASES;

II - dos critérios para o planejamento integrado das ações e serviços de saúde da Região de Saúde, em razão do compartilhamento da gestão; e

III - das diretrizes nacionais, do financiamento e das questões operacionais das Regiões de Saúde situadas em fronteiras com outros países, respeitadas, em todos os casos, as normas que regem as relações internacionais.

Seção II

Do Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde

Art. 33. O acordo de colaboração entre os entes federativos para a organização da rede interfederativa de atenção à saúde será firmado por meio de Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde.

Art. 34. O objeto do Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde é a organização e a integração das ações e dos serviços de saúde, sob a responsabilidade dos entes federativos em uma Região de Saúde, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência aos usuários.

Parágrafo único. O Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde resultará da integração dos planos de saúde dos entes federativos na Rede de Atenção à Saúde, tendo como fundamento as pactuações estabelecidas pela CIT.

Art. 35. O Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde definirá as responsabilidades individuais e solidárias dos entes federativos com relação às ações e serviços de saúde, os indicadores e as metas de saúde, os critérios de avaliação de desempenho, os recursos financeiros que serão disponibilizados, a forma de controle e fiscalização da sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde.

1º O Ministério da Saúde definirá indicadores nacionais de garantia de acesso às ações e aos serviços de saúde no âmbito do SUS, a partir de diretrizes estabelecidas pelo Plano Nacional de Saúde.

2º O desempenho aferido a partir dos indicadores nacionais de garantia de acesso servirá como parâmetro para avaliação do desempenho da prestação das ações e dos serviços definidos no Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde em todas as Regiões de Saúde, considerando-se as especificidades municipais, regionais e estaduais.

Art. 36. O Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde conterá as seguintes disposições essenciais:

I - identificação das necessidades de saúde locais e regionais;

II - oferta de ações e serviços de vigilância em saúde, promoção, proteção e recuperação da saúde em âmbito regional e inter-regional;

III - responsabilidades assumidas pelos entes federativos perante a população no processo de regionalização, as quais serão estabelecidas de forma individualizada, de acordo com o perfil, a organização e a capacidade de prestação das ações e dos serviços de cada ente federativo da Região de Saúde;

IV - indicadores e metas de saúde;

V - estratégias para a melhoria das ações e serviços de saúde;

VI - critérios de avaliação dos resultados e forma de monitoramento permanente;

VII - adequação das ações e dos serviços dos entes federativos em relação às atualizações realizadas na RENASES;

VIII - investimentos na rede de serviços e as respectivas responsabilidades; e

IX - recursos financeiros que serão disponibilizados por cada um dos partícipes para sua execução.

Parágrafo único. O Ministério da Saúde poderá instituir formas de incentivo ao cumprimento das metas de saúde e à melhoria das ações e serviços de saúde.

Art. 37. O Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde observará as seguintes diretrizes básicas para fins de garantia da gestão participativa:

I - estabelecimento de estratégias que incorporem a avaliação do usuário das ações e dos serviços, como ferramenta de sua melhoria;

II - apuração permanente das necessidades e interesses do usuário; e

III - publicidade dos direitos e deveres do usuário na saúde em todas as unidades de saúde do SUS, inclusive nas unidades privadas que dele participem de forma complementar.

Art. 38. A humanização do atendimento do usuário será fator determinante para o estabelecimento das metas de saúde previstas no Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde.

Art. 39. As normas de elaboração e fluxos do Contrato Organizativo de

Ação Pública de Saúde serão pactuados pelo CIT, cabendo à Secretaria de Saúde Estadual coordenar a sua implementação.

Art. 40. O Sistema Nacional de Auditoria e Avaliação do SUS, por meio de serviço especializado, fará o controle e a fiscalização do Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde.

§ 1º O Relatório de Gestão a que se refere o inciso IV do art. 4º da Lei no 8.142, de 28 de dezembro de 1990, conterá seção específica relativa aos compromissos assumidos no âmbito do Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde.

§ 2º O disposto neste artigo será implementado em conformidade com as demais formas de controle e fiscalização previstas em Lei.

Art. 41. Aos partícipes caberá monitorar e avaliar a execução do Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde, em relação ao cumprimento das metas estabelecidas, ao seu desempenho e à aplicação dos recursos disponibilizados.

Parágrafo único. Os partícipes incluirão dados sobre o Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde no sistema de informações em saúde organizado pelo Ministério da Saúde e os encaminhará ao respectivo Conselho de Saúde para monitoramento.

CAPÍTULO VI
DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 42. Sem prejuízo das outras providências legais, o Ministério da Saúde informará aos órgãos de controle interno e externo:

I - o descumprimento injustificado de responsabilidades na prestação de ações e serviços de saúde e de outras obrigações previstas neste Decreto;

II - a não apresentação do Relatório de Gestão a que se refere o inciso IV do art. 4º da Lei no 8.142, de 1990;

III - a não aplicação, malversação ou desvio de recursos financeiros; e

IV - outros atos de natureza ilícita de que tiver conhecimento.

Art. 43. A primeira RENASES é a somatória de todas as ações e serviços de saúde que na data da publicação deste Decreto são ofertados pelo SUS à população, por meio dos entes federados, de forma direta ou indireta.

Art. 44. O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes de que trata o § 3º do art. 15 no prazo de cento e oitenta dias a partir da publicação deste Decreto.

Art. 45. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 28 de junho de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF /Alexandre Rocha Santos Padilha

AI 740823 AGR / MG - MINAS GERAIS

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA
Julgamento: 04/10/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação
DJe-204 DIVULG 21-10-2011 PUBLIC 24-10-2011
EMENT VOL-02613-03 PP-00523

Parte(s)

RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA
AGTE.(S): ESTADO DE MINAS GERAIS
AGTE.(S): INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG
ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S): WAGNER LIMA NASCIMENTO SILVA
ADV.(A/S): DANIELA MACHADO SILVEIRA VIANA
AGDO.(A/S): MARIA GILCE MARTINS OLIVEIRA

Ementa

Ementa: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO. ALCANCE DE PRECEDENTE FIRMADO PELA CORTE. APLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO AOS CASOS ANÁLOGOS. IDENTIDADE DE TEXTOS LEGAIS DESNECESSÁRIA. LC 64/2002 E LEI 9.380/1986 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ARTS. 149, 194, CAPUT, E 195, II DA CONSTITUIÇÃO. 1. No julgamento do RE 573.540 (rel. min. Gilmar Mendes), o Pleno desta Corte considerou inconstitucional a cobrança de contribuição destinada ao custeio de serviços de saúde pública, devida por servidor público, na medida em que apenas a União tem competência para instituição de tal tributo. 2. O critério decisivo para reconhecimento da

incompatibilidade constitucional da exação é sua compulsoriedade, que a submete ao regime tributário. O fato de os serviços de saúde terem sido postos à disposição ou terem sido prestados, bem como a circunstância de o texto legal examinado neste caso (Lei 9.380/1986) ser topicamente diferente do texto examinado no precedente (LC 64/2002), são irrelevantes para fins de aplicação da orientação geral e abstrata firmada no precedente. O ponto essencial a ser examinado é o sentido retirado a partir da interpretação do texto, isto é, a norma jurídica. 3. Ausência de razões que justifiquem a reversão ou a superação do precedente, ou ainda a inaplicabilidade da orientação firmada para caso análogo, pela existência de peculiaridade determinante. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

DECISÃO: Trata-se agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição federal) interposto de acórdão, proferido por Tribunal de Justiça estadual, que concluiu pela impossibilidade de cobrança compulsória, por estado-membro, de contribuição para o custeio dos serviços de saúde.

O Estado de Minas Gerais alega a violação de vários dispositivos da Constituição federal.

O recurso não merece seguimento.

O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 573.540 (rel. min. Gilmar Mendes, DJe de 11.06.2010), firmou orientação no mesmo sentido do acórdão recorrido. Confira-se:

"EMENTA: CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA, HOSPITALAR, ODONTOLÓGICA E FARMACEÚTICA. ART. 85 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 62/2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. COMPULSORIEDADE. DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS. ROL TAXATIVO. INCOMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO. INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

I – É nítida a natureza tributária da contribuição instituída pelo art. 85 da Lei Complementar nº 64/2002, do Estado de Minas Gerais, haja vista a compulsoriedade de sua cobrança.

II – O art. 149, caput, da Constituição atribui à União a competência exclusiva para a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas. Essa regra contempla duas exceções, contidas nos arts. 149, § 1º, e 149-A da Constituição. À exceção desses dois casos, aos Estados-membros não foi atribuída competência para a instituição de contribuição, seja qual for a sua finalidade.

III – A competência, privativa ou concorrente, para legislar sobre determinada matéria não implica automaticamente a competência para a instituição

de tributos. Os entes federativos somente podem instituir os impostos e as contribuições que lhes foram expressamente outorgados pela Constituição.

IV – Os Estados-membros podem instituir apenas contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores. A expressão regime previdenciário não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos."

Do exposto, nego seguimento ao presente agravo.

Publique-se.

Brasília, 9 de fevereiro de 2011.
Ministro JOAQUIM BARBOSA
Relator

AI 835916 / MG - MINAS GERAIS
AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI
Julgamento: 23/08/2011
Publicação
PROCESSO ELETRÔNICO
DJe-172 DIVULG 06/09/2011 PUBLIC 08/09/2011

Parte(s)

AGTE.(S): INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG
ADV.(A/S): DÉBORA CUNHA PENIDO DE BARROS
AGDO.(A/S): PEDRO HENRIQUE GOMES PARREIRAS (REPRESENTADO POR ARIGLÉIA GOMES MIRANDA)
ADV.(A/S): EDUARDO ANTONIO PEREIRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S): MARCO ANTONIO SALUM
ADV.(A/S): FRANCISCO GILMAR DE MIRANDA GAUDERETO E OUTRO(A/S)

Decisão:
Vistos.

Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade ao artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

"ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL - ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL E PENSIONAMENTO - CRITÉRIOS DE FIXA-

ÇÃO - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - PRECEDENTES DO STJ. - O Estado tem dever de indenizar o dano moral e material decorrente de erro médico, por força da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6°, CRFB). - A fixação da indenização por dano moral, bem como de pensão, deve ser norteada pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. - Apelo improvido" (fl. 464).

Opostos embargos de declaração (fls. 473 a 476), foram rejeitados (fls. 478 a 482).

Decido.

Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Pleno Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal ter trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá "quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão".

O acórdão atacado manteve a sentença de 1º grau que julgou procedente a ação para condenar "o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), danos materiais no valor de R$ 2.012,61 (dois mil e doze reais e sessenta e um centavos) e, ainda, ao pagamento de pensão mensal no importe de meio salário mínimo, até que o autor complete sessenta e cinco anos de idade", amparando seu convencimento a partir do conjunto probatório que permeia a lide. Nesse ponto, o voto do Relator destacou:

"O laudo pericial colhido durante a instrução probatória noticia que o caso trata de "periciando com histórico de coarctação da aorta, adequadamente tratada por via cirúrgica, mas que evoluiu com complicação operatória denominada isquemia da medula espinhal" (fl. 324).

Mais adiante, o 'expert' anota que "tais sequelas podem ser classificadas como de caráter irreversível e de difícil atenuação. diante do tempo decorrido e da relativa e apenas parcial melhora diante do tratamento fisioterápico instituído, não cabendo mais recursos terapêuticos para o caso em tela, acarretando uma residual incapacidade parcial e permanente para o trabalho genérico" (fl. 324).

Destarte, a lesão causada ao Autor, motivada pelo procedimento cirúrgico realizado no hospital autárquico, causa-lhe constrangimentos pessoais experimentados por quem sofre perda parcial de movimentação dos membros

inferiores. Desnecessária, assim, a demonstração, caso a caso, do sofrimento moral com o fato, pois representa fato notório" (fl. 467).

Nesse caso, para acolher a pretensão do recorrente e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem seria necessário o reexame das provas dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte.

Nesse sentido, anote-se:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6° DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. SÚMULA 279 do STF. I - A apreciação do recurso extraordinário, no que concerne à alegada ofensa ao art. 37, § 6°, da Constituição, encontra óbice na Súmula 279 do STF. Precedentes do STF. II - Agravo regimental improvido" (RE nº 484.277/SE-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 7/12/07).

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO - NÃO-COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL - RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o 'eventus damni' e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. – O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o "eventus damni", sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. - A comprovação

da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. Doutrina. Precedentes. - Não se revela processualmente lícito reexaminar matéria fático-probatória em sede de recurso extraordinário (RTJ 161/992 - RTJ 186/703 - Súmula 279/STF), prevalecendo, nesse domínio, o caráter soberano do pronunciamento jurisdicional dos Tribunais ordinários sobre matéria de fato e de prova. Precedentes. - Ausência, na espécie, de demonstração inequívoca, mediante prova idônea, da efetiva ocorrência dos prejuízos alegadamente sofridos pela parte recorrente. Não comprovação do vínculo causal registrada pelas instâncias ordinárias" (RE nº 481.110/PE, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 9/3/07).

"RE: descabimento: debate relativo à existência de nexo de causalidade a justificar indenização por dano material e moral, que reclama o reexame de fatos e provas: incidência da Súmula 279" (AI nº 359.016/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 7/5/04).

"Responsabilidade objetiva do Estado. Ocorrência de culpa exclusiva da vítima. - Esta Corte tem admitido que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público seja reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular ou tenha sido este o exclusivo culpado (Ag. 113.722-3-AgRg e RE 113.587). - No caso, tendo o acórdão recorrido, com base na análise dos elementos probatórios cujo reexame não e admissível em recurso extraordinário, decidido que ocorreu culpa exclusiva da vítima, inexistente a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, pois foi a vítima que deu causa ao infortúnio, o que afasta, sem dúvida, o nexo de causalidade entre a ação e a omissão e o dano, no tocante ao ora recorrido. Recurso extraordinário não conhecido" (RE nº 120.924/SP, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 27/8/93).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.
Publique-se.
Brasília, 23 de agosto de 2011.
Ministro Dias Toffoli
Relator

AGRG NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.408.102 - RJ (2011/0054626-1)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR: MARIA LUÍSA ALKIMIM CURVELLO DE ARAÚJO E OUTRO(S)
AGRAVADO: MAUBER DE SOUZA CAMARGO
ADVOGADO: JOSÉ MARCOS GOMES E OUTRO(S)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. NEXO CAUSAL. INDENIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal a quo considerou comprovado o nexo causal entre a negligência do nosocômio e de seus profissionais e a perda de parte do 5º dedo da mão direita do ora agravado. A revisão desse entendimento demanda nova análise dos elementos fático-probatórios dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

2. No que concerne ao quantum fixado a título de danos (R$ 40.000,00), conclusão diversa da alcançada pelo julgado também exige reexame das provas e dos fatos, o que, a rigor, é vedado pela Súmula 7/STJ

3. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto

Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de setembro de 2011(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que desproveu o recurso (fls. 581-586).

O agravante sustenta, em suma:

Com efeito, observando os critérios fixados pela doutrina e albergados pelos tribunais, assim como cotejando a hipótese dos autos com precedente desta Corte, vislumbra-se que o valor fixado no acórdão hostilizado, a título de indenização por danos morais, é exagerado (fl. 598).

Pleiteia a reconsideração do decisum agravado ou a submissão do recurso à Turma.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 18.8.2011.

O Agravo Regimental não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão.

Conforme disposto no decisum impugnado, o Tribunal a quo consignou:

O cerne da questão gira em torno da responsabilidade do Município do Rio de janeiro, em razão de defeito na prestação de serviço médico-hospitalar, porquanto o nosocômio teria perdido parte da falange do dedo do autor, impedindo, assim, a realização de cirurgia para reversão da amputação decorrente de acidente automobilístico.

(...)

No caso vertente, a responsabilidade do ente municipal será objetiva, uma vez que o autor pretende sua responsabilização por conduta comissiva, porquanto não acautelou, de forma segura, parte de membro amputado que fora entregue à equipe médica que lhe recebeu no hospital para realização de cirurgia de reimplante.

(...)

O caso comporta certa peculiaridade, porquanto o nexo de causalidade deve ser analisado sob a ótica jurídica e não natural.

De fato, é certo que não foi o réu, pelo que se dessume do cotejo probatório, quem deu causa ao malsinado acidente que originou a amputação de parte do dedo do autor.

Entretanto, o que se extrai dos autos é que, podendo descontinuar o processo natural decorrente do acidente, agiu o réu com negligência, visto que, dando causa ao extravio do dedo do autor, retirou-lhe a possibilidade de reverter à amputação do membro com o reimplante.

A relação de causalidade, na hipótese, deve ser examinada à luz da aplicação da denominada teoria da perda de uma chance (*pert d`une chance*), uma vez que não se trata de culpa no tratamento médico ministrado ao autor, mas sim de falta de diligência do nosocômio e dos profissionais que lhe integram no atendimento prestado.

(...)

Conquanto não seja possível afirmar que a intervenção para reimplante da falange distal do 5º quirodáctilo direito do autor lograria êxito, os esclarecimentos técnicos prestados foram incisivos quanto à evolução das técnicas de microcirurgias utilizadas nos procedimentos de reconstrução.

(...)

Por sua vez, o parecer técnico foi conclusivo em assim afirmar: "há nexo causal, aplicando-se a teoria da perda de uma chance." (f. 111)

Há que se estabelecer, desse modo, um nexo causal entre a atitude culposa do réu e a perda do benefício ou vantagem pretendida pelo autor, a fim de franqueá-lo à percepção da verba indenizatória decorrente da chance que lhe fora suprimida. (fls. 355-361)

Depreende-se que o acórdão atacado apreciou a demanda à luz de provas que não podem ser reexaminadas neste grau de jurisdição. Assim, encontra

óbice na Súmula 7/STJ rever os argumentos do Ente Público. Sobre o tema, confiram-se os julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATENDIMENTO MÉDICO EM HOSPITAL DA REDE PÚBLICA ESTADUAL. NEGLIGÊNCIA. AMPUTAÇÃO DE MEMBRO INFERIOR. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 70, III, E 333, I, DO CPC. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É inadmissível a alegada ofensa ao art. 333, I, do CPC, pois o julgamento da pretensão recursal – seja para reconhecer a ausência de prova do ato ilícito, seja para afastar o nexo causal e, assim, julgar improcedente a pretensão condenatória – pressupõe, necessariamente, o reexame dos aspectos fáticos da lide, atividade cognitiva vedada nesta instância superior (Súmula 7/STJ).

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 923.340/PI, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 05/05/2008)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. OCORRÊNCIA DO DANO, NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA, NEXO DE CAUSALIDADE E ERRO MÉDICO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE TODO O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. INDENIZAÇÃO POR MORTE POR ACIDENTE DO TRABALHO. DUZENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, 20% DA CONDENAÇÃO. RAZOABILIDADE. MODERAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. As questões relativas à ocorrência do dano, atuação com negligência e imprudência, nexo de causalidade e existência de erro médico implicam no revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, inadmissível nesta instância recursal. Súmula 7 do STJ. Precedentes.

2. Os valores da indenização por danos morais e dos honorários advocatícios, não tendo sido fixados de forma irrisória ou exagerada, mas com razoabilidade e moderação, não comportam modificação pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental improvido

(AgRg no Ag 785.296/GO, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 20/11/2006).

Por fim, no que concerne ao *quantum* fixado a título de danos (R$ 40.000,00), conclusão diversa da alcançada pelo julgado também exige o reexame das provas e dos fatos, o que, a rigor, é vedado pela Súmula 7/STJ. Nesse sentido, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO IMPROVIDO.

I- Descabe o reconhecimento de violação do art. 535 do CPC, se, sem embargo de assumir conclusão contrária a pretensão da recorrente, manifestar o Tribunal *a quo* sobre questões de fato e de direito suficientes, de per si, a fundamentar o resultado, a cujo respeito exprima sentido geral e uniforme ao julgamento.

II- A pretensão de ver reduzida a indenização a que fora condenado o agravante e o reexame dos critérios que levaram o Tribunal de origem à fixação do *quantum debeatur* encontram óbice no enunciado da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

III- A excepcional intervenção desta Corte, a fim de rever o valor da indenização fixada pelo Tribunal local, a título de dano moral, pressupõe tenha este, considerada a realidade do caso concreto, pautado-se de forma imoderada ou desproporcional, em situação de evidente exagero ou de manifesta insignificância, não verificada no caso em análise. (...)

(AgRg no Ag878.803/MT, Rel. Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DOTJ/BA), TERCEIRA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 11/05/2009).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. HOSPITAL ESTADUAL. MORTE DE MARIDO E PAI DOS AUTORES. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

1. Cinge-se a irresignação dos recorrentes quanto ao valor fixado pelas instâncias ordinárias para danos morais R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que sustenta ser irrisório.

2. A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

3. Desse modo, avaliar a extensão do dano, sua repercussão na esfera moral dos recorrentes, a capacidade econômica das partes, entre outros fatores considerados pelas instâncias ordinárias, implicaria afronta ao disposto na Súmula 7/STJ, por demandar a análise do conjunto fático-probatório dos autos.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1086366/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 19/03/2009).

Desse modo, ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Por tudo isso, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.216.424 - MT (2010/0182549-7)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE: HOSPITAL E MATERNIDADE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA LTDA
RECORRIDO: ODILON RAIMUNDO DOS SANTOS
ADVOGADO: BRUNA ERGANG DA SILVA E OUTRO(S)

EMENTA: CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO PARTICULAR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

.

1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes.

2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo caput do art. 14 do CDC.

3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento.

4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas.

5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais

liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor.

6. Admite-se a denunciação da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes.

7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, e os votos dos Srs. Ministros Massami Uyeda,

Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso

Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra

Relatora.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por HOSPITAL E

MATERNIDADE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA LTDA., com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso – TJ/MT.

Ação: de reparação de danos materiais e compensação de danos morais ajuizada por ODILON RAIMUNDO DOS SANTOS, em face de Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Fátima Ltda.; na qual alega que, após se submeter à cirurgia no ombro direito, a fim de corrigir um simples problema de musculatura, passou a sentir fortes dores e ficou incapacitado de movimentar o braço direito. Aduz que, embora tenha relatado os sintomas ao médico Dr. Reinaldo Turra Ávila, não foi dada, por negligência ou imperícia, a devida atenção ao seu estado clínico, visto que, passados mais de oito meses da cirurgia, continua com fortes dores físicas e impossibilitado de movimentar o membro superior. Contestação: O réu arguiu preliminar de ilegitimidade pas-

siva ad causam, aduzindo que o serviço defeituoso, o qual resultou em danos à saúde do autor, é de responsabilidade exclusiva do médico que determinou a internação, que não é empregado nem preposto da ré, mas simples usuário externo das instalações do hospital. Por isso, requereu a denunciação à lide em face de Reinaldo Turra Ávila.

Decisão interlocutória: O Juízo de 1º grau indeferiu a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam e o pedido de denunciação à lide em face de Reinaldo Turra Ávilo, médico do autor, haja vista a demanda estar fundada na responsabilidade objetiva do fornecedor pelos defeitos relativos à prestação de serviço (e-STJ fls. 29/30). Acórdão: interposto agravo de instrumento pelo Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Fátima Ltda., o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso negou provimento ao recurso (e-STJ fls. 190/196), conforme a seguinte ementa:

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – HOSPITAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ARTIGO 70, III, DO CPC – PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL – RECURSO DESPROVIDO. O hospital que disponibiliza seus serviços ao paciente tem responsabilidade objetiva por danos resultantes de suposto erro médico ali ocorrido. Na hipótese de responsabilidade objetiva do fornecedor pelos defeitos na prestação do serviço, inviabilizada a denunciação da lide, para evitar-se o atraso na prestação da tutela jurisdicional. Embargos de declaração: opostos embargos de declaração (e-STJ fls. 217/225), foram rejeitados (e-STJ fls. 228/232). Recurso especial: o Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Fátima Ltda. interpôs recurso especial, alegando, em síntese, violação do art. 14 do CDC, pois: a) inexiste responsabilidade do Hospital, já que os danos narrados decorrem da atividade do médico, que não é preposto ou funcionário do Hospital, mas profissional liberal que utiliza as dependências do estabelecimento para internação, não havendo qualquer vínculo entre os danos descritos e o estabelecimento recorrente, razão pela qual manifesta sua ilegitimidade; b) não houve qualquer defeito nos serviços prestados pelo Hospital, que se resumiam a serviços de hospedagem, que incluem, alojamento, alimentação, medicamentos, instalações, instrumentos e pessoal de enfermaria; c) inexiste relação jurídica de direito material entre o consumidor e o recorrente, que apenas cedeu suas dependências para a realização de ato cirúrgico por profissional contratado pelo recorrido; d) não cabe a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva na presente hipótese, porque se faz necessária a verificação da culpa do médico, o qual tem uma obrigação de meio,

e não de resultado. Aduz, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial. Juízo de admissibilidade: O Tribunal de origem admitiu o recurso especial, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional (e-STJ fls. 260/262), remetendo os autos a esta Corte Superior.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.216.424 - MT (2010/0182549-7)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE: HOSPITAL E MATERNIDADE NOSSA SENHORA DE
FÁTIMA LTDA
RECORRIDO: ODILON RAIMUNDO DOS SANTOS
ADVOGADO: BRUNA ERGANG DA SILVA E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

I) Da delimitação da controvérsia

Cuida-se de ação de reparação de danos materiais e compensação de danos morais ajuizada em face do Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Fátima Ltda. por consumidor que contratou cirurgião particular para realização de procedimento no ombro direito. Após a cirurgia, o recorrido ficou impossibilitado de movimentar o braço, passando a sentir fortes dores, razão pela qual alega ter ocorrido imperícia e negligência do médico, não só no ato cirúrgico, mas também no pós-operatório. O hospital, por sua vez, arguiu sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, porque o cirurgião não é empregado do estabelecimento e os danos alegados não se originam dos serviços prestados pelo hospital. Afastada pelas instâncias ordinárias a preliminar suscitada, cinge-se a presente controvérsia a saber se o hospital pode vir a responder pelo erro médico cometido por profissional que não possui qualquer vínculo com o nosocômio, mas utiliza as dependências do estabelecimento para a realização de cirurgia e internação de pacientes.

II) Da jurisprudência da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça

Primeiramente, cumpre ressaltar que, por ocasião do julgamento do REsp 908.359/SC, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça afastou a responsabilidade objetiva dos hospitais pela prestação de serviços defeituosos

realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação, conforme a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.

4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido. (REsp 908359/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008)

Com efeito, naquela oportunidade, foi analisado o tipo de responsabilidade que recaía sobre a prestação de serviços médicos, se subjetiva ou objetiva, prevalecendo o entendimento que os hospitais não poderiam responder objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital. Contudo, ainda é necessário averiguar se, uma vez comprovada a culpa do médico e, portanto, sua responsabilidade

subjetiva, se o Hospital responde solidariamente pelo defeito na serviço prestado por profissional sem vínculo de subordinação.

III) Da solidariedade do estabelecimento hospitalar

O Código de Defesa do Consumidor introduziu, no tocante à prestação de serviços, uma obrigação de solidariedade entre todos os participantes da cadeia de fornecimento, sem exceção, ao indicar, no caput do art. 14, a expressão genérica "fornecedor de serviços". A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza, na sociedade atual, por reunir inúmeros contratos num relação de interdependência, com vários atores para a realização adequada de um mesmo objetivo: o serviço contratado pelo consumidor, o qual, muitas vezes, sequer visualiza a conexidade e complexidade dessas relações. Claudia Lima Marques explica a extensão do fenômeno econômico da cadeia de fornecimento: A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores. O consumidor, muitas vezes não visualiza a presença de várias fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, não tem sequer consciência – no caso dos serviços, principalmente – de que mantém relação contratual com todos ou de que, em matéria de produtos, pode exigir informação e garantia diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. A nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico de "fornecimento" e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação destes vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços. (MARQUES, Claudia Lima. Contrato no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 402) E prossegue: O segundo reflexo desta visualização da cadeia de fornecimento de serviços e produtos é a conexidade resultante dos vínculos contratuais, tantos os que formam a cadeia de pessoas jurídicas diferentes e independentes, mas unidas por uma finalidade de "fornecimento" (o que se denomina geralmente de "redes de contratos"), quanto do grupo eventual dos consumidores, unidos por uma finalidade "solidária" de consumo, por exemplo, em matéria de consórcios, seguros, planos de saúde e previdência privada (o que se denomina geralmente "contratos conexos"), assim como a conexidade dos próprios contratos que unem os fornecedores e consumidores para um único fim de consumo (o que se denomina geralmente de "grupo de contratos conexos"), assim como a conexidade dos próprios contratos que unem os fornecedores e os consumidores para um único fim de consumo (o que se denomina geralmente "de grupo de contratos"), contratos

normalmente também múltiplos ou pelo menos triangulares (por exemplo, contrato de banco múltiplo, contrato de compra e venda com financiamento, de time-sharing, de pacote turístico etc.). Larroumet alerta para a necessidade de se obter hoje uma visão de "conjunto contratual", da pluralidade de vínculos e contratos em uma só elação, levando à extensão da responsabilidade e dos efeitos dos contratos. Este fenômeno da conexidade dos contratos tem a ver com a finalidade e com o objeto da relação de consumo, é uma visão real da multiplicidade e complexidade das atuais relações envolvendo consumidores e fornecedores. (Idem, p. 407)

Nesse passo, verifica-se que, embora o § 4º do art. 14 do CDC afaste a responsabilidade objetiva para os profissionais liberais não exclui, se configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, e uma vez comprovada a culpa desse profissional, a solidariedade imposta pelo caput do art. 14 do CDC.

Dessa forma, quando houver uma cadeia de fornecimento para a realização de determinado serviço, ainda que o dano decorra da atuação de um profissional liberal, verificada culpa deste, nasce a responsabilidade solidária do grupo, ou melhor, daqueles que participam da cadeia de fornecimento do serviço. Ao comentar a exceção do § 4º do art. 14 do CDC, Claudia Lima Marques argumenta que: A única exceção do sistema do CDC de responsabilidade objetiva é o § 4º do art. 14 do CDC, que privilegia os profissionais liberais, retornando ao sistema subjetivo da culpa.

Relembre-se que esse artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito comum no caso dos médicos, mas pouco comum no caso dos advogados. As falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam reguladas pelo art. 20 e ss. do CDC, com sua responsabilidade solidária e de estilo contratual, logo, sem culpa. Também me parece que as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais perdem este privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais, elas mesmas não profissionais liberais. Aqui privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal. Difícil o caso das cadeias de profissionais liberais, como grupos médicos ou cirúrgicos, que não abram mão de sua característica de profissionais liberais, mas atuam em grupo, talvez até com pessoas que não sejam profissionais liberais. (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 288/289)

A hipótese dos autos trata de uma cirurgia complexa, que obviamente não pode ser realizada em um consultório particular, razão pela qual concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro

cirúrgico, equipe, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal. Com efeito, para cirurgias realizadas em hospital, é necessário não somente o local e equipamentos fornecidos, mas também uma equipe técnica preparada para auxiliar o cirurgião, o que somente pode ser viabilizado pelo estabelecimento hospitalar. Ou seja, o serviço não poderia ser realizado senão com a participação do hospital que, por sua vez, participa dos lucros auferidos com o procedimento.

O esforço conjunto para a realização do serviço contratado fica ainda mais evidente quando o paciente/consumidor não contrata diretamente com o hospital os serviços por ele prestados, anuindo apenas com as escolhas do cirurgião.

Dessa forma, é possível vislumbrar, na hipótese em análise, uma cadeia de fornecimento de serviço, nos termos do art. 14, caput , c/c § 4º do mesmo artigo do CDC, não a fim de atribuir responsabilidade objetiva ao hospital, independentemente do reconhecimento da culpa do médico, mas para reconhecer a responsabilidade solidária do hospital na culpa de médico, por ele credenciado.

Esta Corte Superior, analisando hipótese de prestação de assistência médica por meio de profissionais indicados, reconheceu a existência de uma cadeia de fornecimento entre o plano de saúde e o médico credenciado, afastando qualquer exceção ao sistema de solidariedade, consoante os seguintes precedentes:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido. (REsp 138059/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2001, DJ 11/06/2001, p. 197) CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. COOPERATIVA DE ASSISTÊNCIA DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. CDC, ARTS. 3º E 14.

I. A Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória movida por associada em face de erro médico originário de tratamento pós-cirúrgico realizado com médico cooperativado.

II. Recurso especial não conhecido. (REsp 309760/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2001, DJ 18/03/2002, p. 257) Do mesmo modo, verificando-se a existência de uma rede de fornecedores para viabilizar o procedimento médico, numa verdadeira cadeia de serviços, deve-se reconhecer a responsabilidade solidária do hospital. Por fim, cumpre destacar que essa interpretação se coaduna com os

objetivos do Código de Defesa do Consumidor, garantindo a maior probabilidade da vítima ter acesso à justa reparação.

III) Da relação entre o médico autônomo e o hospital

Para que os médicos possam utilizar as instalações de qualquer estabelecimento hospitalar, ainda que para a realização apenas de procedimentos particulares e internação, é sabido que os hospitais exigem a autorização da administração ou do conselho, o que pode incluir avaliação do currículo do médico e apresentação de indicações desse profissional. Esse "processo de credenciamento" está regulado na Res. 1.124/83 do Conselho Federal de Medicina, que determina que cada estabelecimento de saúde tenha um regimento interno, aprovado pelo conselho regional de medicina da respectiva jurisdição, que estruture o corpo clínico e determine a forma de admissão e exclusão de seus membros. Embora cada hospital estabeleça os requisitos que serão exigidos para a admissão em seu estabelecimento, os conselhos regionais de medicina orientam a formulação do regimento interno do corpo clínico por meio de resoluções próprias sobre o assunto (exemplos: Res. 04/2004 CRM-RS e Res. 18/1986 CRM-PR). Dessa forma, ainda que o processo de admissão no corpo clínico, que permite que médicos utilizem as dependências dos hospitais e internem seus pacientes, não constitua vínculo empregatício do Hospital com o profissional de saúde, visa, justamente, destacar os profissionais que considera habilitados para exercer a medicina na sua sede. Observa-se, pois, que o hospital atua ativamente na escolha dos profissionais que exercem suas atividades dentro do seu estabelecimento, especialmente na hipótese em análise, haja vista que, segundo o próprio recorrente, o hospital não possui um corpo clínico próprio, sendo que todos os Documento: 1074202 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 19/08/2011 Página 12 de 24 médicos que lá atuam são profissionais liberais que não possuem vínculo empregatício com a instituição (e-STJ fls. 249).

Nessas circunstâncias, portanto, há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar em suas dependências, motivo pelo qual não é jurídico analisarmos o serviço desenvolvido pelo estabelecimento de saúde como sendo totalmente independente dos procedimentos realizados pelos médicos.

Ressalta-se, ainda, apenas a título de reforço, que os profissionais liberais que atuam nos hospitais, como os médicos contratados, estão obrigados a seguir as normas técnicas do estabelecimento e, em relação a esse ponto, podem ser submetidos à fiscalização (exemplo: se a equipe particular utiliza ou não os procedimentos de higiene estabelecidos e disponibilizados pelo hospital, a fim de evitar surtos de infecção hospitalar). Por fim, a alegada falta de vínculo de subordinação contratual com o estabelecimento hospitalar, por si só, não

se apresenta como argumento hábil para afastar a responsabilidade solidária do hospital, uma vez comprovado o erro médico.

IV) Da natureza da obrigação dos serviços médicos

Outro fundamento comumente utilizado para afastar a responsabilidade do hospital, quando o defeito do serviço decorre da atuação técnica de médico que não possui vínculo empregatício com o estabelecimento de saúde, é a natureza da obrigação das atividades desenvolvidas pelos médicos. O serviço médico é considerado, em geral, uma obrigação de meio, segundo a qual os profissionais de saúde se comprometem a utilizar a melhor técnica disponível e a diligência necessária para alcançar a cura do paciente (salvo nos casos de cirurgia estética), que, ainda assim, muitas vezes, não é possível. Por isso, em caso de danos, é necessário comprovar a culpa do médico.

Contudo, reconhecer a responsabilidade solidária do hospital na culpa do médico não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado por parte do hospital, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor.

V) Do direito de regresso do hospital

É assegurado o direito de regresso do fornecedor solidariamente responsável em relação àquele que deu causa ao dano, na hipótese, o médico, que, segundo o recorrido, teria agido com negligência e imperícia. Ademais, no que se refere à denunciação da lide, esta Corte já firmou entendimento de que, nas relações de consumo, esse tipo de intervenção de terceiros é vedado apenas na responsabilidade pelo fato do produto (art. 13 do CDC), admitindo-a nos casos de defeito no serviço (art. 14 do CDC), desde que sejam preenchidos os requisitos do artigo 70 do Código de Processo Civil. Nesse sentido os seguintes precedentes: REsp 1.123.195/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 16/12/2010, DJ 03/02/2011; REsp 1.024.791/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 05/02/2009, DJ 09/03/2009; REsp 439.233/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 04/10/2007, DJ 22/10/2007; REsp 741.898/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/12/2005, DJ 20/11/2006.

Ante o exposto, na hipótese, deve-se reconhecer a legitimidade passiva ad causam do hospital, haja vista a possibilidade de ser responsabilizado solidariamente pelo defeito no serviço prestado, caso seja comprovada a culpa do médico. Contudo, a fim de assegurar o resultado prático da presente demanda e evitar decisões contraditórias, impõe-se o deferimento do pedido de denunciação da lide em relação ao médico do recorrido.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de determinar a remessa dos presentes autos às instâncias ordinárias para que se proceda a citação do denunciado.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.216.424 - MT (2010/0182549-7)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA: Pedi vista dos autos em razão de dúvidas quanto ao alcance da decisão da Segunda Seção acerca da matéria, bem como quanto ao cabimento, no caso, da denunciação da lide.

Noticiam os autos que ODILON RAIMUNDO DOS SANTOS ajuizou ação contra HOSPITAL E MATERNIDADE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA, objetivando a condenação do réu à indenização por danos morais e materiais em decorrência de alegado insucesso da cirurgia realizada no seu ombro direito (e-STJ fls. 34-40).

Em sua contestação (e-STJ fls. 67-103), o réu arguiu, inicialmente, sua ilegitimidade passiva para responder aos termos da ação. Alternativamente, requereu a denunciação da lide ao médico que realizou a cirurgia. Teceu, ainda, considerações acerca do mérito da demanda.

O juízo de primeiro grau proferiu decisão interlocutória, na qual rejeitou a preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva, ao fundamento de que necessária, "para o esclarecimento da controvérsia, profunda incursão no mérito da demanda, o que incompatível com os estreitos limites das condições da ação " (e-STJ fl. 29). Indeferiu, ainda, o pedido de denunciação da lide, já que a demanda é fundada em dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

Referida decisão ensejou a interposição do agravo de instrumento, que deu origem física aos presentes autos.

A sexta Câmara Cível do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, à unanimidade de votos, negou provimento ao recurso, em aresto assim ementado: "RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS - HOSPITAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - ARTIGO 70, III DO CPC - PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL - RECURSO DESPROVIDO. O hospital que disponibiliza seus serviços ao paciente tem responsabilidade objetiva por danos resultantes de suposto erro médico ali ocorrido. Na hipótese de responsabilidade objetiva do for-

necedor pelos defeitos na prestação do serviço, inviabilizada a denunciação da lide, para evitar-se o atraso na prestação da tutela jurisdicional " (e-STJ fl. 190). Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ fls. 228-232).

No especial (e-STJ fls. 243-253), amparado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, alega-se, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, aos seguintes argumentos: (a) ilegitimidade passiva do hospital ante (a.1) a alegação de que a internação decorreu de pedido do médico; (a.2) a inexistência de vínculo de preposição com o profissional que realizara a cirurgia; (a.3) a peculiaridade de o hospital funcionar somente como uma espécie de hotel, no qual são disponibilizados " serviços de hospedagem (alojamento, alimentação, medicamentos, instalações, instrumentos e pessoal de enfermaria) " (e-STJ fl. 249); (a.4) a escolha do médico pelo paciente, baseada na relação de confiança; (b) a necessidade de denunciação da lide ao médico que realizara o procedimento cirúrgico, porquanto, "se provada a culpa e erro médico, deverá o responsável pelo ato cirúrgico ressarcir eventuais prejuízos " (e-STJ fl. 252) do recorrente.

Decorrido sem manifestação o prazo para as contrarrazões (e-STJ fl. 259), e admitido o recurso na origem (e-STJ fls. 260-262), subiram os autos a esta colenda Corte. Levado o feito a julgamento pela egrégia Terceira Turma, em 28.6.2011, após a prolação do voto da ilustre relatora, Ministra Nancy Andrighi, que conferiu parcial provimento ao recurso especial, pedi vista dos autos e ora apresento meu voto na terceira sessão de julgamento subsequente.

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia a perquirir se o hospital, que alega não ser o profissional que realizou a cirurgia seu preposto, é legítimo para integrar o polo passivo de ação de indenização fundada em erro médico. Trata-se de saber, além disso, se é cabível a denunciação da lide ao médico a quem é atribuída a conduta culposa. Vale registrar, de início, que o precedente da Segunda Seção (REsp 908.359/SC), mencionado nas razões do especial, não favorece o recorrente, porquanto amparado aquele julgamento em base fática diversa. Com efeito, naquele paradigma ficara assentada a tese de que, nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, que atua sem nenhum vínculo com o hospital - seja de emprego ou de mera preposição -, não cabe atribuir ao hospital o dever de indenizar. Ocorre que, na hipótese daqueles autos, restara consignado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto fático-probatório, que não havia nenhum vínculo empregatício ou de preposição com o hospital.

No caso em exame, diferentemente, o juízo de primeiro grau, à vista da contestação, proferiu decisão interlocutória, na qual rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que a aferição das circunstâncias da conduta do médico - se atuou na condição de simples usuário externo das

instalações fornecidas pela parte ré ou se atuou da condição de preposto - seria incompatível com aquele momento processual, porque exigiria profunda incursão no mérito da demanda, somente viável por ocasião do juízo de cognição exauriente (e-STJ fl. 29). Trata-se de motivo suficiente, por si só, para afastar a pretensão do réu/recorrente, veiculada em suas razões do especial, de se ver excluído prematuramente da lide, já que, como visto, sequer foram delimitadas as premissas fáticas pelas instâncias ordinárias.

Não é por outro motivo que se recomenda o deferimento do pleito de denunciação da lide ao médico ao qual imputada a conduta negligente, porquanto a denunciação é admitida pela jurisprudência desta Corte nas hipóteses em que a escolha do profissional tenha partido do paciente, com base em relação de confiança, mas não na hipótese em que não houve escolha pessoal do médico, apenas do hospital.

É o que se depreende dos seguintes precedentes: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. CIRURGIA. ERRO MÉDICO. ANESTESIA. DENUNCIAÇÃO À LIDE DO PROFISSIONAL E DE SOCIEDADE QUE O REPRESENTA NA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS. DESCABIMENTO, NA HIPÓTESE. CPC, ART. 70, III. EXEGESE. A denunciação à lide prevista no art. 70, III, do CPC, depende das circunstâncias concretas do caso. Na espécie dos autos, não se acha configurado que houve escolha pessoal do autor menor ou de seus responsáveis na contratação dos médicos que o operaram , os quais integravam a equipe que atuava no hospital conveniado ou credenciado por Plano de Saúde, onde se internara aquele para tratamento de doença respiratória, sofrendo paralisia cerebral irreversível durante a cirurgia, devendo, portanto, prosseguir a ação exclusivamente contra o nosocômio indicado como réu pela vítima, ressalvado o direito de regresso em ação própria. Recurso especial não conhecido".

(REsp 445.845/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, julgado em 09/09/2003, DJ 13/10/2003, p. 367). " RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATAÇÃO DO HOSPITAL EM VISTA DE SUA ESPECIALIDADE. DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO MÉDICO. IMPOSSIBILIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 07/STJ. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO EM VALOR RAZOÁVEL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1.Conforme consignado no aresto recorrido, o hospital foi procurado pelo paciente em vista de sua especialidade - ortopedia. Em hipóteses desse jaez, na qual o profissional de saúde não interfere na escolha do nosocômio, não há possibilidade de se instaurar lide secundária. Precedentes. (...) 5. Recurso especial não conhecido ".

(REsp 883685/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 16/03/2009). Nesse contexto, nem mesmo a discussão instaurada pela corte de origem, acerca da configuração ou não da responsabilidade objetiva do hospital que se limita a disponibilizar "seus serviços, instalações, equipamentos e equipe médica ao paciente " (e-STJ fl. 193), tinha espaço no presente caso, no qual, repita-se, referida premissa fática não foi delimitada.

Assim, em vista da ausência de contornos fáticos delimitados pelas instâncias de origem, não cabe discutir, neste momento, se eventual responsabilidade do hospital é solidária. Tal controvérsia somente teria lugar caso superada a preliminar suscitada pelo réu/recorrente em sua contestação. De todo modo, o precedente da Segunda Seção (REsp 908.359/SC) assentou não haver responsabilidade objetiva - nem, tampouco, solidária - do hospital quando inexistente vínculo de preposição com o profissional da área médica. É o que se vê do voto condutor, de lavra do Ministro João Otávio Noronha, redator para o acórdão: "Também o fato de receber remuneração pela locação de espaço físico não faz do hospital solidariamente responsável por danos causados por imperícia médica . O lucro é necessário, sob pena de inviabilizar a atividade (até mesmo em razão da nossa organização social), mas ele não é um fim em si mesmo" (fl. 6, sublinhou-se).

É o que também se lê no voto vencedor do Ministro Fernando Gonçalves, que acentua tratar-se de responsabilidade individual: "Se o médico atuar no respectivo hospital mediante vínculo empregatício, será empregado submetido às ordens da sociedade hospitalar. Se com ela mantiver contrato de prestação de serviços, deve ser considerado seu preposto e, nas duas hipóteses, aquela sociedade responderá pelos atos culposos daquele profissional. O hospital, contudo, terá direito de reaver o que pagar através de ação regressiva contra o causador direito do dano. Mas se o médico não for preposto, mas profissional independente que tenha usado as dependências do nosocômico por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, em razão de aparelhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar, individualmente, a responsabilidade de cada qual.

Desse modo, se o paciente sofreu danos em razão do atuar culposo exclusivo do profissional que o pensou, atuando como prestador de serviços autônomo, apenas este poderá ser responsabilizado"(fl. 2, sublinhou-se). Do mesmo modo, o Ministro Aldir Passarinho Junior, acompanhando a maioria, não reconheceu nem responsabilidade objetiva nem subjetiva: "Entendo que ela não é objetiva, tem que ser provada especificamente a responsabilidade do hospital em relação a algum ato vinculado ao nosocômio (...).

Na verdade, parece-me que a parte autora procura atribuir a responsabilidade ao hospital, genericamente, por ter sido feita a cirurgia dentro do

hospital. Então, nessa situação, não reconheço essa responsabilidade, nem subjetiva" (fls. 1-2).

Veja-se, por fim, o voto de desempate, proferido pelo Ministro Ari Pargendler:

Diz a ementa do acórdão: "Responde solidariamente pelos erros médicos ocorridos em suas dependências a entidade hospitalar que fornece sala, equipamentos, pessoal e paramédicos estranhos aos seus quadros, diante da incontestável retribuição financeira existente. (...) Entendo que essa responsabilidade do hospital poderia ocorrer pelo erro de seus prepostos. Incontroverso que o médico era estranho aos quadros do hospital, estou me inclinando pela posição manifestada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha e os que o acompanharam" (fl. 1). De outra parte, cumpre observar que a aferição da responsabilidade do hospital pelo cadastramento ou credenciamento de médicos aptos a utilizar suas instalações dependeria da comprovação de culpa in eligendo , a ser verificada em cada caso concreto. Isto é, ainda que comprovado o erro do médico, não pode o hospital ser responsabilizado incondicional e automaticamente pelo credenciamento do profissional se não houver evidencia de que agiu com culpa nesse procedimento, ou, em outras palavras, que violou de algum modo o dever de cuidado imposto pelas normas editadas pelos conselhos de medicina para o credenciamento de médicos em nosocômios. Ao não ficar caracterizada a desobediência de tais normas ou a incúria com os critérios nelas erigidos, não há como responsabilizar o hospital pelo simples cadastramento de médico. Mesmo o reconhecimento da responsabilidade solidária no âmbito do Direito do Consumidor deve ser visto à luz do que dispõe o art. 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, que elenca as hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor, quais sejam: prova da inexistência de defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, pressupondo a existência de nexo de causalidade.

Tais circunstâncias, contudo, conforme inicialmente referido, deverão ser aferidas por ocasião do julgamento do mérito, após a produção de provas.

Daí porque, com mais razão, impõe-se a permanência do hospital no polo passivo da lide, ao menos até a conclusão da fase de instrução probatória, como, inclusive, fora decidido pelo douto magistrado de primeiro grau. Pelo mesmo motivo, porém, tenho por imprescindível o deferimento do pedido de denunciação da lide ao médico, fazendo-se, nesse ponto específico, merecedora de reparos aquela r. decisão primeva.

Acompanho, portanto, o voto da eminente relatora, para dar parcial provimento ao recurso especial, com a ressalva de meu entendimento quanto à fundamentação.

É o voto.

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.037.348 - SP (2008/0050843-8) (F)

RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA
AGRAVANTE: GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE
LTDA
ADVOGADOS: HELENA DE ALBUQUERQUE DOS SANTOS
HUGO DAMASCENO TELES E OUTRO(S)
AGRAVADO: LAIRCE APARECIDA DE FRANÇA
ADVOGADO: ALVARO DE LIMA PENIDO FILHO
INTERES.: INSTITUTO GERAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL EVANGÉLICA -
IGASE

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - AÇO DE INDENIZAÇO - ERRO MÉDICO - FALECIMENTO DO PACIENTE - PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇO JURISDICIONAL AFASTADA - AUSÊNCIA DE CONTRADIÇO E OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - EMPRESA PRESTADORA DO PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NA AÇO INDENIZATÓRIA - DANO MORAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DENTRO DOS PADRÕES DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

1. Ausente a ocorrência de contradição e omissão no julgado recorrido, afasta-se a preliminar de negativa de prestação jurisdicional.

2. Em caso de erro cometido por médico credenciado à empresa prestadora do plano de assistência à saúde, esta é parte legítima para figurar no polo passivo da aço indenizatória movida pelo associado, respondendo solidariamente pela má prestação do serviço médico.

3. A revisão por esta Corte do montante fixado pelas Instâncias ordiná-

rias a título de dano moral, exige que o valor tenha sido arbitrado de forma irrisória ou exorbitante, circunstância que não se verifica no caso concreto. A condenação solidária das rés por dano moral em R$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil reais), tendo em vista o erro médico que resultou em óbito do paciente, não se encontra fora dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade.

Precedentes.

4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de agosto de 2011(data do julgamento)
MINISTRO MASSAMI UYEDA
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator): Cuida-se de agravo regimental interposto por GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA em face da decisão da lavra desta relatoria que negou provimento ao recurso especial, assim ementada: "RECURSO ESPECIAL - AÇO DE INDENIZAÇO - OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO - NÃO OCORRÊNCIA – DANO MORAL - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇO DE FUNDAMENTO DO JULGAMENTO RECORRIDO - APLICAÇO ANALÓGICA DA SÚMULA N. 283/STF - PENSIONATO - ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO NO MESMO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ - QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOAVELMENTE ATRIBUÍDO - RECURSOS IMPROVIDOS. " (fls. 555/558).

Em síntese, a agravante busca a reforma da decisão agravada sustentando, preliminarmente, que o acórdão proferido pelo Tribunal de origem violou o

art. 535, I e II, do CPC, sob os seguintes argumentos:

1) CONTRADIÇÃO:

i) O acórdão recorrido foi contraditório, pois afirmou que o paciente poderia vir a falecer independentemente da culpa dos médicos, mas manteve sua condenação por perdas e danos; OMISSÃO:

ii) Houve omissão quanto ao trecho do laudo pericial em que se concluiu pela inexistência de nexo causal entre os diagnósticos e o resultado morte, pois o perito registrou que o soro glicosado não causou o agravamento do estado de saúde do paciente;

iii) O Tribunal não indicou os fundamentos pelos quais concluiu pela sua responsabilidade solidária;

iv) O valor do dano moral fixado pela sentença não foi objeto de análise pela Corte de origem, pois valeu-se de argumentação genérica, apta a ser utilizada em qualquer caso.

2) MÉRITO: Alega que houve violação dos arts. 896 e 1.521 a 1.523 do CC/1916, tendo em vista que não restou caracterizada a sua responsabilidade solidária em relação ao evento que culminou com o falecimento do autor falecido e, no caso, figura apenas como terceira na conduta que que gerou o sinistro, não havendo que se falar em relação de preposição ou subordinação com os médicos do hospital que prestaram atendimento ao paciente falecido. Aduz, ainda, que o quantum indenizatório fixado a título de dano moral destoa dos princípios da Documento: 1077885 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 17/08/2011 Página 3 de 8 proporcionalidade e razoabilidade, gerando enriquecimento ilícito da parte autora (fls. 561/574).

É o relatório.

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.037.348 - SP (2008/0050843-8)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - AÇO DE INDENIZAÇO - ERRO MÉDICO - FALECIMENTO DO PACIENTE - PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇO JURISDICIONAL AFASTADA - AUSÊNCIA DE CONTRADIÇO E OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - EMPRESA PRESTADORA DO PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NA AÇO INDENIZATÓRIA - DANO MORAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DENTRO DOS PADRÕES DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

1. Ausente a ocorrência de contradição e omissão no julgado recorrido, afasta-se a preliminar de negativa de prestação jurisdicional.

2. Em caso de erro cometido por médico credenciado à empresa prestadora do plano de assistência à saúde, esta é parte legítima para figurar no polo passivo da aço indenizatória movida pelo associado, respondendo solidariamente pela má prestação do serviço médico.

3. A revisão por esta Corte do montante fixado pelas Instâncias ordinárias a título de dano moral, exige que o valor tenha sido arbitrado de forma irrisória ou exorbitante, circunstância que não se verifica no caso concreto. A condenação solidária das rés por dano moral em R$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil reais), tendo em vista o erro médico que resultou em óbito do paciente, não se encontra fora dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes.

4. Recurso improvido. VOTO O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA: O inconformismo não merece prosperar. Com efeito. Preliminarmente, em relação à alegação ocorrência de contradição, destaca-se o seguinte trecho do acórdão recorrido: "Não há como saber se o autor eventualmente não acabaria vindo a falecer em decorrência de tal problema de saúde. Não obstante, considerando a prova colhida nos autos, entendo que a conduta médica foi determinante para que o filho da autora viesse a falecer em razão do coma causado pela diabetes da forma ocorrida. Parece evidente que, caso o diagnóstico fosse exato e a tempo, com a realização de exames simples e de resultado imediato, Emerson não teria chegado ao coma tão rapidamente." (fl. 403).

Observa-se na transcrição acima que não há contradição quanto ao ponto indicado pela agravante. No caso, o Tribunal de origem registrou que "o coma diabético é uma das maiores causas de morte entre pacientes portadores da doença" (fl. 403), contudo, não há qualquer contradição no sentido de que o paciente poderia vir a falecer independentemente da autuação médica, pelo contrário, o Tribunal fundamentou que a negligência e a imperícia dos médicos foram determinantes para o coma e falecimento do paciente. Em relação à alegação de omissão, no tocante ao laudo pericial que teria concluído pela inexistência de nexo causal entre os diagnóstico e o resultado morte, ou seja, se o soro glicosado não teria causado o agravamento do estado de saúde do paciente falecido, também, observa-se que houve expresso pronunciamento da Corte de origem, in verbis: "Porém, não houve o diagnóstico a tempo por desídia médica, que desconsiderou as informações dadas pelo paciente, os sintomas apresentados, o agravamento de tais sintomas e própria ciência médica, haja vista, conforme já dito, ser a diabetes doença conhecida e com sintomas vastamente debatidos na literatura médica. Como agravante a essa situação de diagnóstico a tempo, Emerson foi tratado de sua desidratação como soro glicosado. O laudo é claro ao indicar que o uso de tal 'medicamento' pode ter contribuído para o agravamento da situação do autor, que no dia seguinte já estava em coma." (fls. 403/404).

Da mesma forma, quanto à caracterização da responsabilidade solidária, o Tribunal registrou ser "necessário dizer que a bem lançada sentença reconheceu a responsabilidade das rés pela conduta de seus prepostos, sendo que não houve recurso nesse ponto da decisão. Dessa forma, deve ser mantido o reconhecimento da responsabilidade das rés " (fl. 399), bem como quanto ao valor do dano moral, pois, de forma fundamentada, manteve o valor fixado pela sentença (fl. 405).

Afasta-se, por conseguinte, as alegações de negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista a ausência de contradição e omissão no julgado recorrido. Quanto ao mérito, esta egrégia Corte já pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando de erro cometido por médico credenciado à empresa prestadora do plano de assistência à saúde, esta é parte legítima para figurar no polo passivo da aço indenizatória movida pelo associado. Assim, não há como acolher a tese da agravante no sentido de que não tem responsabilidade para responder solidariamente pela má prestação do serviço médico que culminou com o falecimento do paciente.

Nesse sentido, confiram-se: "AGRAVO INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - EMPRESA PRESTADORA DO PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE LEGITIMIDADE PASSIVA.

A empresa prestadora do plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para aço indenizatória proposta por associado em decorrência de erro médico por profissional por ela credenciado. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag 682.875/RJ, Rel. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Terceira Turma, DJE 15/10/2009). "CIVIL E PROCESSUAL. AÇO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PLANO DE SAÚDE. ERRO EM TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NÃO CONFIGURADO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. MATÉRIA DE PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS NS. 282 E 356-STF.

I. A empresa prestadora do plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para a aço indenizatória movida por filiado em face de erro verificado em tratamento odontológico realizado por dentistas por ela credenciados, ressalvado o direito de regresso contra os profissionais responsáveis pelos danos materiais e morais causados. (...) V. Recurso especial não conhecido."(REsp 328.309/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 17/03/2003). Em relação ao pleito de redução do quantum indenizatório por dano moral, assinala-se que a revisão por esta Corte do montante fixado pelas Instâncias ordinárias, a título de dano, exige que ele tenha sido arbitrado de forma irrisória ou exorbitante, circunstância que não se verifica

no caso concreto. In casu, constata-se que a condenação solidária das rés por dano moral, mantida pelo Tribunal a quo em R$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil reais), tendo em vista o erro médico que resultou em óbito do paciente, não se encontra fora dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade, não justificando, pois, a excepcional intervenção deste Tribunal para revê-lo (ut REsp 659.420/PB, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 01/02/2006; REsp 400.843/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 18/04/2005; REsp 665.425/AM, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 16/05/2005). Nega-se, portanto, provimento ao recurso.

É o voto.
MINISTRO MASSAMI UYEDA
Relator

AGRG NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.265.224 - SP (2010/0001645-4)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
AGRAVANTE: HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA JOANA S/A
ADVOGADO: CLÁUDIA CRISTINA AYRES AMARY E OUTRO(S)
AGRAVADO: P P - MENOR IMPÚBERE
REPR. POR: ANDREA DE OLIVEIRA PARDINI
ADVOGADO: ADRIANA D´INTINO RODRIGUES E OUTRO(S)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECONHECIMENTO DE CULPA DE HOSPITAL. "EXAME DO PEZINHO"

1. Afigura-se despiciendo o rechaço, uma a uma, de todas as alegações deduzidas pelas partes, bastando ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Violação ao art. 535 afastada.

2. A fenilcetonúria é uma doença genética, em que alguns alimentos podem intoxicar o cérebro e causar retardo mental irreversível. As crianças que nascem com esta doença tem um problema digestivo em que um aminoácido presente na proteína dos alimentos, a fenilalanina, é "venenoso para o cérebro". O diagnóstico da fenilcetonúria pode ser feito no recém-nascido por meio de triagem neonatal denominada "teste do pezinho".

3. Na hipótese vertente, o Tribunal de origem, procedendo com amparo nos elementos de convicção dos autos, constatou a conduta ilícita da ora agravante, reconheceu o seu dever de indenizar e fixou o respectivo valor a título de indenização por danos morais em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), bem como condenou-a ao reembolso das despesas com o tratamento e ao pagamento de pensão mensal no valor de 1 (um) salário mínimo a partir da data em que a criança completaria 14 anos até os setenta anos de idade.

4. Para o acolhimento da tese da agravante, relativa à inexistência de ato ilícito, de inexistência de nexo de causalidade e de culpa exclusiva da vítima

(pais da vítima) e de terceiro, seria imprescindível exceder os fundamentos colacionados no acórdão recorrido e adentrar no exame das provas. Todavia, é entendimento pacificado nesta Corte de Justiça a impossibilidade de referida prática em recurso especial, em razão do óbice do Enunciado 7 da Súmula desta Casa.

5. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, com aplicação de multa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2011(Data do Julgamento) MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Hospital e Maternidade Santa Joana S/A, em face da decisão de fls. 697-700, que negou provimento ao agravo de instrumento. Nas razões recursais (fls. 619-652), alega a inaplicabilidade da súmula 7/STJ, posto que não pretendeu o reexame de provas, mas sim a análise crítica da atuação do Tribunal de origem, que encontra-se em disparidade com a legislação infraconstitucional. Sustenta a inexistência de responsabilidade do hospital pela sequela acarretada ao organismo da menor, diante da ocorrência de culpa exclusiva da vítima (dos pais da criança) e do médico pediatra.

Declara inexistir nexo de causalidade entre a conduta supostamente ilícita e o dano sofrido, porquanto não se constata nenhuma conduta de natureza negligente, imperita ou imprudente do hospital Informa que "não pretende que esta E. Corte declare ou reconheça se determinado fato está ou não comprovado nos autos mas sim que, pressupondo-se a existência de questões técnicas, dizer quanto à excludente de responsabilidade prevista no artigo 14, § 3º, II do diploma consumerista".

Reputa a ocorrência de negativa de vigência ao artigo 535, inciso II do CPC, pois o Tribunal não debateu acerca dos artigos invocados em suas razões de apelação.

É o relatório.

AGRG NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.265.224 - SP (2010/0001645-4)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
AGRAVANTE: HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA JOANA S/A
ADVOGADO: CLÁUDIA CRISTINA AYRES AMARY E OUTRO(S)
AGRAVADO: P P - MENOR IMPÚBERE
REPR. POR: ANDREA DE OLIVEIRA PARDINI
ADVOGADO: ADRIANA D´INTINO RODRIGUES E OUTRO(S)
EMENTA
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.
INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.
RECONHECIMENTO DE CULPA DE HOSPITAL. "EXAME DO PEZINHO"

1. Afigura-se despiciendo o rechaço, uma a uma, de todas as alegações deduzidas pelas partes, bastando ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Violação ao art. 535 afastada.

2. A fenilcetonúria é uma doença genética, em que alguns alimentos podem intoxicar o cérebro e causar retardo mental irreversível. As crianças que nascem com esta doença tem um problema digestivo em que um aminoácido presente na proteína dos alimentos, a fenilalanina, é "venenoso para o cérebro". O diagnóstico da fenilcetonúria pode ser feito no recém-nascido por meio de triagem neonatal denominada "teste do pezinho".

3. Na hipótese vertente, o Tribunal de origem, procedendo com amparo nos elementos de convicção dos autos, constatou a conduta ilícita da ora agravante, reconheceu o seu dever de indenizar e fixou o respectivo valor a título de indenização por danos morais em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), bem como condenou-a ao reembolso das despesas com o tratamento e ao pagamento de pensão mensal no valor de 1 (um) salário mínimo a partir da data em que a criança completaria 14 anos até os setenta anos de idade.

4. Para o acolhimento da tese da agravante, relativa à inexistência de ato ilícito, de inexistência de nexo de causalidade e de culpa exclusiva da vítima (pais da vítima) e de terceiro, seria imprescindível exceder os fundamentos colacionados no acórdão recorrido e adentrar no exame das provas. Todavia, é entendimento pacificado nesta Corte de Justiça a impossibilidade de referida prática em recurso especial, em razão do óbice do Enunciado 7 da Súmula desta Casa.

5. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. O agravo regimental não merece acolhida.

3. Após detida análise dos autos, verifico que o acórdão embargado não possui vício a ser sanado por meio de embargos de declaração, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Ademais, não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente.

O Tribunal de origem apreciou a lide, discutindo e dirimindo as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas. O teor do acórdão recorrido resulta de exercício lógico, restando mantida a pertinência entre os fundamentos e a conclusão. De outra parte, o princípio do "livre convencimento do juiz" confere ao magistrado o poder-dever de analisar os fatos e fundamentos que entende necessários ao equacionamento da questão, não estando adstrito às teses jurídicas apresentadas pelas partes (AgRg no Ag 685.087/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 25.10.2005).

4. A fenilcetonúria é uma doença genética, em que alguns alimentos podem intoxicar o cérebro e causar retardo mental irreversível. As crianças que nascem com esta doença tem um problema digestivo em que um aminoácido presente na proteína dos alimentos, a fenilalanina, é "venenoso para o cérebro".

A ausência da enzima responsável pela digestão e eliminação da fenilalanina não é eficiente e assim, faz com que ela se acumule no organismo tornando-se tóxica. A doença afeta principalmente o cérebro e tem efeitos irreversíveis, como retardo metal permanente. O diagnóstico da fenilcetonúria pode ser feito no recém-nascido por meio de triagem neonatal denominada "teste do pezinho". Certamente, o diagnóstico precoce da fenilcetonúria permite que os cuidados necessários com a alimentação sejam tomados desde o princípio, evitando uma série de efeitos indesejados, que se apresentam logo no primeiro ano de vida do bebê, mas que podem ser todos evitados - embora nunca possam ser revertidos.

Na hipótese vertente, o Tribunal de origem, procedendo com amparo nos elementos de convicção dos autos, constatou a conduta ilícita da ora agravante, reconheceu o seu dever de indenizar e fixou o respectivo valor a título de indenização por danos morais em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), bem como condenou-a ao reembolso das despesas com o tratamento e ao paga-

mento de pensão mensal no valor de 1 (um) salário mínimo a partir da data em que a criança completaria 14 anos até os setenta anos de idade. Para o acolhimento da tese da agravante, relativa à inexistência de ato ilícito, de inexistência de nexo de causalidade e de culpa exclusiva da vítima (pais da vítima) e de terceiro, seria imprescindível exceder os fundamentos colacionados no acórdão recorrido e adentrar no exame das provas. Todavia, é entendimento pacificado nesta Corte de Justiça a impossibilidade de referida prática em recurso especial, em razão do óbice do Enunciado 7 da Súmula desta Casa. Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes: AGRAVO REGIMENTAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - REVISÃO DA CONCLUSÃO FIRMADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL - SÚMULA STJ/07 - 1.- A convicção a que chegou o Acórdão recorrido decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do Especial à luz da Súmula 7 desta Corte.

2.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 13.600/RN, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 01/09/2011) AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. SERASA. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. ATO ILÍCITO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1 - Não se verifica a suscitada violação aos arts. 458, II, e 535, I e II, do CPC, porquanto as questões submetidas ao Tribunal de origem foram suficiente e adequadamente delineadas, com abordagem integral do tema.

2 - Aferir a existência de provas suficientes para embasar condenação por danos morais demanda revolvimento do conjunto fático-probatório delineado pelas instâncias ordinárias, providência vedada em recurso especial. Incidência da súmula 7-STJ. 3 - Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 696.719/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 06.10.2005, DJ 24.10.2005)

5. O recurso mostra-se manifestamente infundado, a ensejar a aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º, do CPC.

6. Ante o exposto, nego provimento do agravo regimental, aplicando multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia. É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.248.996 - RS (2011/0083870-3)

RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI
RECORRENTE: LAURI SCHNEIDER RICK
ADVOGADO: TANIA BEATRIS ARBO PERSICH E OUTRO(S)
RECORRIDO: KARLA BEZZI ENGERS E OUTROS
ADVOGADO: HARRY JORGE BENDER E OUTRO(S)
RECORRIDO: ASSOCIACAO HOSPITAL DE CARIDADE IJUI
ADVOGADO: MARA LÚCIA BEILFUSS E OUTRO(S)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. HOSPITAL E BIOQUÍMICA. HIV. RESULTADO FALSO POSITIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRENTE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 128 E 460 DO CPC AFASTADA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DEVER DE INDENIZAR NÃO RECONHECIDO. SÚMULA 7/STJ.

1.- Descabe indenização pleiteada a laboratório que, diante de diagnóstico falso-positivo de HIV, nos termos da Portaria MS 488/98, solicita a submissão a novo exame, diante do fato de o Método ELISA, então utilizado, apresentar elevado número de falsos-positivos, encerrando, a licitude da exigência, matéria fática, apreciada definitivamente pelo Tribunal de origem, matéria impassível de revisão por esta Corte (Súmula 7).

2. - O Tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia nos limites do que lhe foi submetido. Não há que falar, portanto, em violação do artigo 535 do CPC, negativa de prestação jurisdicional ou julgamento extra petita .

3.- O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, mesmo com a oposição dos Embargos de Declaração, incide o enunciado 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. - Recurso Especial improvido.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2011(Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI

Relator
RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

1.- LAURI SCHNEIDER RICK interpõe Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, a e c da Constituição Federal, contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Relª. Desª. MARILENE BONZANINI BERNARDI) proferido em autos de ação de indenização, ementado nos seguintes termos (e-STJ fl. 955):

APELAÇÕES CÍVEIS. RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXAME HOSPITALAR. RESULTADO EQUIVOCADO. AGRAVOS RETIDOS. DENUNCIAÇÃO À LIDE PELO HOSPITAL DE BIOQUÍMICA E LABORATÓRIO TERCEIRIZADOS. No caso concreto, tendo em vista que já ter sido realizada toda a fase instrutória processual, da qual participaram os denunciados à lide, tenho que o fator "complicador processual", apontado pelo Código de Defesa do Consumidor, já teria se consumado, não havendo razão, frente à aplicação do princípio da economia processual, para que se afaste o instituto da denunciação já na fase recursal do processo. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Sendo o juiz o destinatário da prova, a ele incumbe a formação de seu convencimento, cabendo-lhe a condução do feito nos termos dos artigos 130 e 131, do CPC. Se, à vista das provas documentais carreadas ao feito lhe pareceu dispensável a realização de prova pericial, não há cogitar de cerceamento de defesa. MÉRITO. EXAME LABORATORIAL. ANTI HIV FALSO POSITIVO. NOTÍCIA

DADA PELO MÉDICO COM SOLICITAÇÃO DE NOVO EXAME. ATO ILÍCITO NÃO DEMONSTRADO. AGIR CONFORME AS DETERMINAÇÕES DA PORTARIA N.º 488/98DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. O preposto do nosocômio não age de maneira ilícita quando solicita ao paciente que realize novo exame para verificação da presença do vírus HIV, tendo em vista o resultado positivo dos exames anteriores. AGRAVOS RETIDOS DESPROVIDOS. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÕES PROVIDAS. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

2.- Embargos de Declaração interpostos pelo recorrente (e-STJ fls. 981/984) foram rejeitados (e-STJ fls. 989/992).

3.- Sustenta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 128, 460, 535 do Código de Processo Civil, 159 do Código Civil de 1916, 6º, III e VI e 14 do Código de Defesa do Consumidor. Argumenta que mesmo com a interposição dos Embargos de Declaração o Tribunal *a quo* deixou de se manifestar a respeito de diversas questões postas pelo recorrente, caracterizando-se, pois, como negativa de prestação jurisdicional. Alega que deve responder civilmente o "laboratório que fornece laudo positivo de HIV, repetido e confirmado, ainda que com a ressalva de que poderia ser necessário exame complementar", em razão da má prestação do serviço. Ressalta que embora haja a falibilidade do exame, uma vez que pode apresentar um falso positivo, entende que caberia à recorrente ter orientado corretamente o recorrente acerca da necessidade de realização de novo exame, o que não ocorreu.

4.- O recurso foi admitido na origem.

É o breve relatório.

VOTO
EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

5.- Não se verifica a alegada omissão no Acórdão recorrido. O Tribunal de origem analisou fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia nos limites do que lhe foi submetido. Portanto, não há que falar em violação do art. 535 do Código de Processo Civil (CPC) ou negativa de prestação jurisdicional.

Com efeito, não se detecta qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, uma vez que a lide foi dirimida com a devida e suficiente fundamentação, apenas não se adotou a tese do recorrente.

6.- No tocante à alegada violação dos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, observa-se que seus conteúdos normativos não foram objeto de análise pela decisão impugnada, não sendo a matéria sequer discutida nas razões dos Embargos de Declaração interpostos pelo recorrente, não servindo de fundamento, pois, à conclusão adotada pelo tribunal local. Assim, resta desatendido, portanto, o requisito do prequestionamento, nos termos do enunciado 211 da Súmula desta Corte.

Ademais, ainda que fosse superado tal óbice, há que se ressaltar que não se demonstrou nas razões do Recurso Especial, clara e precisamente, no que consistiu o apontado julgamento extra petita, o que faz incidir à hipótese a Súmula 284/STF.

7.- Quanto ao mérito, o Tribunal de origem, com fundamento nas provas dos autos, concluiu pela inexistência do dever de indenizar dos recorridos, uma vez que o método utilizado à época para a realização do exame – Método ELISA – apresentava elevado número de falsos-positivos, razão pela qual a Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde editou portaria (Portaria nº 488 de 17/06/1998), vigente à época dos fatos, determinando os procedimentos a serem adotados na hipótese de detecção de anticorpos ANTI HIV, o que foi observado pelo médico responsável que atendeu o recorrente. Eis o trecho do acórdão (e-STJ fl. 969/970):

Segundo a prova emprestada trazida aos autos, o exame nominado ELISA é "bastante sensível (99,5%), mas pouco específico, apresentando razoável número de falsos-positivos." que podem decorrer de inúmeros fatores, o que, inclusive, foi motivo de confecção da Portaria de n.º 488, de 17/06/1998, junto à Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (fl. 127).

Segundo o Anexo I da referida Portaria, esta vigente na época do ocorrido, foram determinados procedimentos sequenciados para a detecção da presença de anticorpos ANTI-HIV em indivíduos maiores de dois anos de idade, quais sejam:

> *"Etapa I – Triagem Sorológica*
> *Etapa II – Confirmação Sorológica pelo teste de*
> *Imunofluorescência Indireta para HIV (IFI/HIV-1)*
> *Etapa III – Confirmação Sorológica pelo teste de*
> *Western Blot para HIV-1 (WB/HIV-1)*

Na prática, um indivíduo adulto é considerado HIV-positivo quando apresenta dois testes ELISA reagente e um teste confirmatório positivo (...)" (fl. 141)

Vejamos.

O primeiro exame laboratorial do autor foi realizado em 01/09/1998, utilizando-se o método ELISA, tendo resultado 'reator' para ANTI HIV. Diante disso, foi solicitada realização de coleta de nova amostra para confirmação (fl. 18).

Já o segundo exame, para confirmação do primeiro, conforme requisitado, somente foi realizado em 17/03/1999, também pela utilização do método ELISA, e confirmou o resultado do primeiro teste (fl. 19).

A partir dessa confirmação, o autor foi chamado a comparecer ao hospital réu, tendo sido encaminhado a atendimento pelo Dr. Mauro Alfredo Gross, chefe do departamento de banco de sangue do demandado. Nesse momento, o autor afirma ter sido informado que era portador do vírus HIV, o que lhe causou diversos danos morais, pois houve a negativação do resultado em exames realizados posteriormente.

No entanto, pelo que verifiquei da prova dos autos, não há comprovação de que o autor efetivamente tenha sido informado de que seria portador do vírus HIV, mas teria lhe sido informado que os primeiros exames efetuados demonstraram a presença do vírus, porém devendo ser feita a confirmação destes por meio de um terceiro exame, este pelo método PCR.

Tanto o autor (fl. 446) quanto o médico Dr. Mauro afirmam que este forneceu requisição para realização de novo exame, pelo que trata-se de fato incontroverso.

[...]

O depoimento pessoal do autor, inclusive, dá suporte ao que foi referido acima, como se vê (fl. 446):

"(...) e dali eu fui embora, daí ele me receitou, me deu um papel receitando um exame e me encaminhou pra secretaria municipal de saúde que é logo abaixo do hospital de caridade, até eu fui ali pra ver se eu conseguia fazer esse exame, só que era na outra semana só que eu ia conseguir marcar e como eu tava no quartel em Santo Ângelo eu retornei, aí eu entrei, pedi encaminhamento pelo quartel daí (...)"

É fato, portanto, que o proceder do médico preposto do hospital não caracterizou ato

ilícito passível de reparação. O agir foi procedido com plena observância da Portaria n.º 488 do Ministério da Saúde, já que os dois primeiros exames realizados pelo método ELISA resultaram "reagentes".

De fato, diante da ampla possibilidade de resultado falso-positivo, em razão do método disponível à época para a realização do exame, e tendo sido demonstrado que os procedimentos apontados pelo Ministério da Saúde foram adotados pelos recorridos, não há falar em dever de indenizar.

Tampouco pode-se afirmar, considerados os fatos delineados pelo Acórdão, em defeito na comunicação do resultado ao recorrente, uma vez que *não há comprovação de que o autor efetivamente tenha sido informado de que seria portador do vírus HIV, mas teria lhe sido informado que os primeiros exames efetuados demonstraram a presença do vírus, porém devendo ser feita a confirmação destes por meio de um terceiro exame, este pelo método PCR*. É fato incontroverso nos autos que houve pedido de novo exame, por outro método. (Sem grifos no original)

Assim, para se concluir de modo diverso, necessitar-se-ia do revolvimento de matéria de prova dos autos, o que é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

8.- Quanto ao suscitado dissídio jurisprudencial, tampouco tem êxito o Recurso, uma vez que o óbice imposto pela Súmula 7/STJ aplica-se também ao Recurso Especial interposto com fundamento na alínea c do permissivo constitucional.

9.- Pelo exposto, nega-se seguimento ao Recurso Especial.

Ministro SIDNEI BENETI
Relator

JURISPRUDÊNCIA STJ (VI)

DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DE UNIÃO

GRUPO I – CLASSE II – Plenário

TC 009.017/2009-2

[Apenso: TC 014.485/2009-5]

Natureza: Solicitação do Congresso Nacional

Órgão: Ministério da Saúde - MS

Interessado: Comissão de Fiscalização Financeira e de Controle da Câmara dos Deputados – CFFC/CD

Advogado constituído nos autos: não há

SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. FISCALIZAÇÃO DOS RECURSOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE REPASSADOS AO CUSTEIO DA ESTRATÉGIA DA SAÚDE DA FAMÍLIA. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE AUDITORIA OPERACIONAL, SOB A FORMA DE FOC, NAS PRINCIPAIS ESTRAGÉGIAS DO PROGRAMA DE ATENÇÃO BÁSICA EM SAÚDE (SAÚDE DA FAMÍLIA, SAÚDE BUCAL E AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE). ACÓRDÃO 1067/2009 – PLENÁRIO. APRECIAÇÃO DOS RESULTADOS CONSOLIDADOS DA AUDITORIA. CONSTATAÇÃO DE PROBLEMAS NA ORGANIZAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DOS SISTEMAS MUNICIPAIS DE SAÚDE. IDENTIFICAÇÃO DE BOAS PRÁTICAS. OPORTUNIDADES DE MELHORIA. RECOMENDAÇÕES. ENCAMINHAMENTO DO RELATÓRIO À COMISSÃO SOLICITANTE E A OUTRAS ENTIDADES. SOLICITAÇÃO INTEGRALMENTE ATENDIDA. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Solicitação do Congresso Nacional, por meio da qual

a Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, em decorrência da aprovação da Proposta de Fiscalização e Controle nº 53/2008, de autoria do Deputado Dr. Pinotti, requereu ao TCU providências no sentido de realizar fiscalização no âmbito da estratégia Saúde da Família – SF, a fim de verificar a legalidade, legitimidade, economicidade e a gestão dos recursos repassados pelo Ministério da Saúde ao custeio da referida estratégia.

2. O presente processo foi originalmente apreciado por este Tribunal na Sessão do Plenário de 20/5/2009, oportunidade na qual foi proferido o Acórdão 1067/2009 – Plenário, em que se conheceu da solicitação e autorizou-se a realização de Fiscalização de Orientação Centralizada - FOC, na modalidade de Auditoria Operacional, abrangendo não só a estratégia Saúde da Família, mas também as outras principais estratégias do Programa de Atenção Básica em Saúde (Saúde Bucal e Agente Comunitário de Saúde), conforme o teor do referido acórdão:

"9.1. com fundamento nº 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU, c/c o art. 4º, inciso I, alínea 'b', da Resolução TCU nº 215, de 20/8/2008, conhecer da presente Solicitação de Fiscalização, considerando-a, para os fins do disposto no § 2º, inciso II, do art. 17 da referida resolução, pendente de atendimento;

9.2. determinar a realização de Fiscalização de Orientação Centralizada - FOC, na modalidade Auditoria de Natureza Operacional, a fim de avaliar a gestão dos recursos federais repassados aos municípios, nas principais estratégias da Atenção Básica (Saúde da Família, Saúde Bucal e Agente Comunitário de Saúde), incluindo análises quanto à economicidade, à eficiência e à eficácia, abrangendo sobretudo a implantação/funcionamento das mencionadas estratégias governamentais, a ser desenvolvida no âmbito dos municípios a serem selecionados na fase do planejamento, Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde e Secretaria de Atenção à Saúde - SAS/MS;

9.3. autorizar a prorrogação, por mais 90 dias, do prazo de atendimento integral à Solicitação do Congresso Nacional, previsto no art. 15, § 2º, da Resolução TCU nº 215/2008;

9.4. dar ciência desta deliberação, acompanhada do Relatório e do Voto que a fundamentam, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados;

9.5. encaminhar os autos à Segecex, para as providências a seu cargo."

3. Em decorrência, as diversas secretarias regionais deste Tribunal, sob a coordenação da 4ª Secretaria de Controle Externo – 4ª Secex, promoveram fiscalizações em 54 (cinquenta e quatro) municípios, distribuídos em 18 (dezoito) Estados da federação, cuja consolidação dos trabalhos, efetivada por

aquela primeira secretaria, está abrigada no processo TC 014.485/2009-5, conforme relatório de fls. 111-174 do vol. principal.

4. Em atenção às disposições específicas (Resolução TCU Nº 191/2006) que regulam a tramitação de processos de Solicitação do Congresso Nacional determinei, por meio de despacho constante de fl. 190, vol. principal, daquele processo, o seu apensamente aos presentes autos.

5. Desta feita, portanto, cuida-se de relatar os resultados consolidados da mencionada FOC, razão por que transcrevo a seguir parte do relatório constante do processo TC 014.485/2009-5, em que constam os principais achados, conclusões e a respectiva proposta de encaminhamento formulada pela 4ª Secex:

"Visão geral da Atenção Básica em Saúde

2.1. Objetivos

2. De acordo com a Portaria GM/MS nº 648, de 28 de março de 2006, a Atenção Básica caracteriza-se por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrangem a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação e a manutenção da saúde. É desenvolvida por meio do exercício de práticas gerenciais e sanitárias, democráticas e participativas, sob forma de trabalho em equipe, dirigidas a populações de territórios bem delimitados, pelas quais cada equipe assume a responsabilidade sanitária.

3. Nesse contexto, Saúde da Família, Saúde Bucal e Agente Comunitário de Saúde constituem-se em ações estratégicas voltadas para a organização da atenção básica, de acordo com os preceitos do SUS. Têm por objetivo orientar a mudança no modelo assistencial do país, hoje centrado na medicina curativa e hospitalocêntrica.

4. Além disso, devem direcionar as ações para o indivíduo, considerando-o em sua singularidade, complexidade, integralidade e inserção sociocultural, e desenvolver ações destinadas à redução de danos ou de sofrimentos passíveis de comprometer as possibilidades de viver de modo saudável.

5. Devem ser também a base para a organização dos sistemas municipais de saúde, que precisam oferecer um conjunto mínimo de serviços à população, visando sempre ao fortalecimento das ações da atenção primária e à racionalidade na utilização dos demais níveis assistenciais.

6. A implementação dar-se-á mediante a implantação de equipes multiprofissionais fixadas em unidades básicas de saúde, próximas da população usuária, a fim de estabelecer a SF como primeiro nível de assistência à saúde no âmbito do SUS. O principal eixo de atuação se materializa na ampliação do acesso à rede de serviços de saúde, especialmente nas seguintes áreas:

controle da tuberculose, eliminação da hanseníase, controle da hipertensão, controle da diabetes mellitus, saúde bucal, saúde da criança, saúde do idoso e saúde da mulher.

2.2. Responsáveis

7. No Ministério da Saúde, o programa governamental Atenção Básica em Saúde está sob a coordenação do Departamento de Atenção Básica – DAB, da Secretaria de Atenção à Saúde – SAS, que tem a missão de operacionalizá-lo, no âmbito da gestão federal do SUS, desenvolvendo mecanismos de controle e avaliação, além de prestar cooperação técnica na implementação e organização das estratégias Saúde da Família, Saúde Bucal e Agente Comunitário de Saúde.

8. Cabe ao Estado da federação contribuir para a reorientação do modelo de atenção à saúde, mediante apoio à Atenção Básica, e para o estímulo à adoção da estratégia SF pelos serviços municipais de saúde. A execução das ações e serviços de saúde da atenção primária compete aos municípios, os quais recebem os recursos financeiros estaduais e federais, além de contribuir com sua contrapartida.

2.3. Histórico

9. Criado oficialmente no Brasil em 1994, o Programa Saúde da Família – PSF, hoje chamado de Estratégia Saúde da Família, foi inspirado em experiências desenvolvidas na área da saúde pública em vários países, tais como Cuba, Inglaterra, Canadá e outros. Reconhecida como medicina preventiva, de menor custo e com maior resolubilidade de longo prazo, a estratégia SF institucionalizou no SUS a atenção primária em saúde, a fim de atender ao disposto na Constituição Federal – CF, de 1988, e à Lei Orgânica da Saúde, de 1990, que dispõe sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde.

10. Verificou-se nos últimos anos um expressivo crescimento na implantação das equipes estratégicas da PNAB, bem como no volume de recursos alocados. O número de equipes multiprofissionais implantadas saltou de 3.062 para 29.300 equipes entre 1998 e 2008. A estimativa de cobertura da SF, que era de 7% em 1998, atingiu 50% da população em 2008 (gráficos 01 e 02). Outras estratégias importantes, como a Saúde Bucal e os Agentes Comunitários de Saúde, objetos desta fiscalização, também avançaram significativamente. Conforme fontes do Ministério da Saúde, a SB, que não existia em 1998, hoje conta com 17.807 equipes montadas.

[...]

11. O modelo da atenção básica organizada a partir da SF preconiza a existência de uma equipe de caráter multiprofissional (médico generalista, en-

fermeiro, auxiliar de enfermagem e agentes comunitário de saúde), que trabalha com um território de abrangência limitado, realizando cadastramento e acompanhamento da população residente na área, podendo contar com equipes de Saúde Bucal (um dentista, um auxiliar de saúde bucal e/ou um técnico de higiene bucal).

12. De acordo com a PNAB, cada equipe multiprofissional é responsável por 3.000 a 4.000 indivíduos. Por estarem próximas à comunidade, as equipes devem conhecer as famílias do território adscrito, identificar os problemas de saúde e as situações de risco na comunidade, elaborar programa de atividades para enfrentar os determinantes do processo saúde/doença, desenvolver ações educativas e intersetoriais relacionadas com os problemas de saúde identificados e prestar assistência integral às famílias sob sua responsabilidade no âmbito da atenção básica.

13. Observou-se que a evolução das taxas de cobertura da estratégia SF ocorreu de forma mais acelerada nos municípios menores, especialmente aqueles com até 20 mil habitantes (*omissis*). Enquanto que neste porte de município a cobertura atinge 100% desde 2005, a média nacional, neste mesmo período, está em torno de 50%. Os grandes centros urbanos foram os que menos expandiram a estratégia, em 2001 atingiam 14% e em 2008 chegaram a 30%. Embora na média tenham chegado a 30%, faz-se necessário destacar três grandes regiões metropolitanas que não conseguiram atingir essa média, ficando muito aquém na comparação entre a média nacional e a média dos grandes centros urbanos. Trata-se de Brasília, Rio de Janeiro e Salvador. Essas cidades estão com uma cobertura menor que 10%. A situação de Brasília chama um pouco mais a atenção porque em 2001 tinha quase 10% de cobertura, chegou a 0% em 2003 e em 2008 contou com apenas 5,26%, a menor cobertura da SF do país (*omissis*).

[...]

14. Segundo informações do Ministério da Saúde, a expansão da estratégia nos grandes centros urbanos é mais difícil em razão da capacidade instalada (postos e centros de saúde) já existente. O fato de já existir o modelo de atenção básica consolidada (modelo tradicional) interfere na expansão da SF. Entretanto, o MS atualmente trabalha com a segunda fase do Proesf (Projeto de Expansão e Consolidação da Saúde da Família), apoiado pelo Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento – BIRD. Trata-se de um projeto voltado para a organização e o fortalecimento da Atenção Básica à Saúde, visando contribuir para a implantação e consolidação da Estratégia SF em municípios com população acima de 100 mil habitantes e a elevação da qualificação do processo de trabalho e desempenho dos serviços.

15. Em relação à evolução dos indicadores que medem a atividade desenvolvida pelas ESF, cabe destacar o comportamento das visitas domiciliares e da média anual de consultas médicas, por habitante, ambos calculados para os exercícios de 2001 a 2008. De acordo com os sistemas de informações de saúde do MS, nesse período a cobertura da estratégia subiu de 26% para 50%. Houve também um incremento de 22% nas visitas domiciliares realizadas pelos médicos da estratégia, de 67% feitas pelos enfermeiros e as visitas dos ACS mais que dobraram neste período, demonstrando consonância com os objetivos da política (*omissis*).

16. Em relação à média anual de consultas médicas por habitante nas especialidades básicas, foi realizada uma análise nos dados do Sistema de Informação Ambulatorial do SUS – SIA/SUS e verificou-se que, no geral, esse indicador mostra evolução positiva. Já nos grandes centros urbanos, embora a cobertura tenha aumentado de 14% para 30%, a média de consultas nas especialidades básicas comportou-se negativamente, (*omissis*). Nos outros portes de municípios houve aumento, mesmo que pouco significativo, a exemplo daqueles situados entre 100 e 900 mil habitantes, que receberam um incremento de 10% na cobertura entre 2001 e 2007. Mesmo assim, a média anual de consultas praticamente não se alterou.

17. Essas informações foram extraídas de banco de dados encaminhado pelo MS, sobre os quais a equipe de auditoria não fez nenhum ajuste. O referido banco de dados indica 52 municípios com informações zeradas para as consultas médicas em 2001, 26 em 2002, 27 em 2003, 93 em 2004, 84 em 2005, 90 em 2006, 73 em 2007 e 228 em 2008.

18. Foram encontrados, também, valores fora do padrão, a exemplo de municípios que ultrapassaram 10 consultas anuais por habitantes. Entre 2001 e 2007, estas distorções variaram entre sete e 16 municípios. Já no exercício de 2008, 47 municípios apresentaram mais de 10 consultas anuais por habitante. Entre estes, há sete municípios cujo indicador aponta para mais de 100 consultas anuais por habitantes. Cabe ressaltar que neste universo todos têm menos de seis mil habitantes e apenas dois têm cobertura da Saúde da Família menor que 100%.

19. Tais informações indicam que alguns municípios devem estar ou alimentando o sistema de forma errônea ou fraudando as informações do SUS, apesar de o financiamento da atenção básica não ter relação direta com a alimentação dos bancos de dados da saúde.

20. Cabe destacar que os valores atípicos encontrados na base de dados não foram excluídos do cálculo. A base de dados foi utilizada na íntegra.

2.4. Legislação pertinente

21. O art. 196 da Constituição Federal estabelece a saúde como um direito de todos e um dever do estado, que deverá instituir políticas públicas capazes de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde voltados para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde de todos, visando à redução do risco de doença e de outros agravos.

22. A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, regulamenta dispositivo constitucional sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços de saúde, bem como o financiamento.

23. A PNAB (Portaria GM/MS n.º 648, de 2006) estabelece as diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, tendo a SF e o Programa Agentes Comunitários de Saúde – PACS como estratégias prioritárias para reorganização das ações e serviços da Atenção Básica no âmbito do SUS. Neste contexto, cabe destacar que a Portaria GM/MS nº 2.048, de 3 de setembro de 2009, aprovou o Regulamento do SUS, revogando a Portaria GM/MS nº 648, de 2006. Entretanto, a Portaria GM/MS nº 2.230, de 23 de setembro de 2009 suspendeu os efeitos da Portaria GM/MS nº 2.048, de 2009, até 03 de setembro de 2010, quando então o Regulamento do Sistema Único de Saúde passará a vigorar.

24. Embora a Portaria GM/MS nº 648, de 2006, deva deixar de vigorar a partir de setembro de 2010, importa esclarecer que a PNAB foi incorporada ao Regulamento do SUS, como anexo XXIV, preservando os princípios e diretrizes das estratégias da atenção básica como eixo de organização dos sistemas municipais de saúde.

25. Os recursos federais são transferidos aos municípios por meio de cinco Blocos de Financiamento (Portaria GM/MS nº 204, de 29 de janeiro de 2007). Entre eles encontra-se o Bloco da Atenção Básica, que consiste no somatório dos recursos federais destinados às transferências do Piso de Atenção Básica Fixo – PAB Fixo e do Piso de Atenção Básica Variável – PAB Variável.

2.5. Indicadores de desempenho

26. O Plano Plurianual – PPA 2008-2011 definiu quatro indicadores de desempenho para Atenção Básica. O principal deles é a Taxa de População Coberta por ESF, dada pela relação percentual entre a população cadastrada no Sistema de Informação da Atenção Básica – SIAB, em determinado local, e a população total no mesmo local. A meta final do PPA para o ano de 2011 foi estabelecida em 70% (setenta por cento) de população coberta por equipes de Saúde da Família. O exercício de 2008 encerrou com uma média de 50% de cobertura pela Saúde da Família.

27. Além disso, a PNAB faz referência a outros indicadores: média anual

de consultas médicas por habitante nas especialidades básicas; proporção de nascidos vivos de mães com quatro ou mais consultas de pré-natal; razão entre exames citopatológicos cervicovaginais em mulheres entre 25 e 59 anos e a população feminina nessa faixa etária; cobertura vacinal por tetravalente em menores de um ano de idade.

28. Cabe destacar, também, o normativo que regulamenta a unificação dos indicadores de saúde no âmbito do Pacto pela Saúde: a Portaria GM/MS nº 91, de 10 de janeiro de 2007. A pactuação do rol de indicadores da mencionada portaria é obrigatória e objetiva o alcance de resultados sanitários relativos às prioridades definidas anualmente nas instâncias de pactuação do SUS (Comissões Bipartites - CIB e Comissão Tripartite - CIT). Tanto as metas acordadas quanto os resultados devem ser registrados no aplicativo Sispacto (sistema informatizado destinado ao registro das metas pactuadas no âmbito da Portaria GM/MS nº 91, de 2007, e os respectivos resultados). Tais registros são decorrentes de informações declaratórias dos gestores municipais e estaduais.

29. As metas definidas para os indicadores são estabelecidas anualmente. A Portaria GM/MS nº 91, de 2007, estabeleceu metas para o exercício de 2007. A Portaria GM/MS nº 325, de 21 de fevereiro de 2008, definiu para o exercício de 2008 e a Portaria GM/MS nº 48, de 12 de janeiro de 2009, instituiu metas para 2009.

30. Nem todos os indicadores são definidos como prioritários todos os anos. As partes interessadas (União, Estados, DF e municípios) definem quais os melhores indicadores para o exercício, de acordo com o diagnóstico de saúde nacional. Entretanto, qualquer unidade da federação pode monitorar outros indicadores que entender pertinentes.

[...]

2.6. Metas

31. Uma das prioridades do PPA 2008-2011 é a redução das desigualdades existentes no Brasil por meio da promoção da inclusão social, materializada na ampliação do acesso à saúde de forma igualitária com qualidade e integralidade. Para isso foi prevista a expansão da estratégia SF, de acordo com as metas físicas estabelecidas: implantação de mais 14.502 ESF em todo o território nacional até 2011. Segundo dados do Ministério da Saúde (disponível em: <http://dtr2004.saude.gov.br/dab/abnumeros.php>), até junho de 2009, estavam registradas mais de 29 mil equipes no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES.

32. O Plano Mais Saúde (Programa de Aceleração do Crescimento – PAC

da Saúde) do governo federal, também, prevê a expansão da estratégia SF. A meta é aumentar o número de equipes para 40 mil, até 2011, ampliando a cobertura de 49%, em 2007, para 70% da população, em 2011. De igual forma, está previsto o aumento do número de equipes de SB e de ACS. No que se refere à infraestrutura, a meta é construir 7.655 unidades de atendimento de saúde ao custo médio de R$ 200 mil, até 2011.

33. Outra medida prevista é a implantação de unidades de apoio e referência para Atenção Básica, cujas metas fixadas para 2011 foram: 1.500 Núcleos de Apoio à Saúde da Família (NASF), ao custo estimado de R$ 240 mil; 400 Centros de Especialidades Odontológicas (CEOs), ao custo médio de R$ 180 mil; 430 Centros de Atenção Psicossocial (CAPs); 132 Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), ao custo médio unitário de R$ 2 milhões.

2.7. Aspectos orçamentários

34. O financiamento da Atenção Primária no Brasil é de responsabilidade das três esferas de governo. Os recursos federais são transferidos aos municípios na modalidade fundo a fundo por meio de duas ações orçamentárias (PAB Fixo e PAB Variável), que integram o Programa Orçamentário 1214 (Atenção Básica em Saúde).

35. O PAB Fixo é destinado a todos os municípios e baseia-se na população residente (valor per capita/ano, pago em duodécimos). A PNAB estabelece que essa parte fixa deverá ser corrigida anualmente mediante o cumprimento de metas pactuadas para indicadores da Atenção Básica.

36. Os recursos financeiros alocados no PAB Variável são repassados aos municípios com a finalidade de estimular a implantação das seguintes estratégias de organização da Atenção Básica: Saúde da Família (SF); Agentes Comunitários de Saúde (ACS); Saúde Bucal (SB); Compensação de Especificidades Regionais; Saúde Indígena; Saúde no Sistema Penitenciário; Núcleo de Apoio à Saúde da Família e Saúde na Escola. Os valores são calculados de acordo com a implementação dos referidos componentes (normalmente, por equipe montada).

37. Foi executado na Função Saúde, no exercício de 2008, mais de R$ 44 bilhões. Deste total quase 18% foi para custear a Atenção Básica, ou seja, R$ 8,012 milhões (*omissis*).

[...]

38. Do total de recursos executados no Programa 1214 – Atenção Básica em Saúde, exercício de 2008, aproximadamente 98% (noventa e oito por cento) foram distribuídos entre o PAB Variável (58% - cinquenta e por cento) e o PAB Fixo (40% quarenta por cento), demonstrando que o gestor federal

está priorizando o financiamento da Saúde da Família. Verifica-se, também, que houve um incremento de 11% na participação do PAB Variável no total executado no programa, entre 2004 e 2008, que passou de 47% para 58% (*omissis*).

[...]

2.8. Sistemas de controle

39. Além do controle federal exercido pelo TCU, Controladoria Geral da União – CGU, Ministério da Saúde e Departamento Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde – Denasus, o controle dos recursos financeiros referentes à Atenção Básica repassados do Fundo Nacional de Saúde – FNS para os fundos municipais de saúde, segundo a legislação vigente, deve ser realizado em dois momentos. Primeiro, por meio das prestações de contas anuais aos respectivos Tribunais de Contas a quem estão submetidos os municípios; segundo, por meio do Relatório Anual de Gestão – RAG a ser aprovado pelo Conselho Municipal de Saúde.

40. O cadastramento das equipes tem um controle mínimo realizado por meio do sistema de informação do CNES, onde é registrada, pelo gestor local, a composição das equipes multidisciplinares que atuam nas estratégias da Atenção Básica. Tais registros identificam as equipes de forma individualizada e servem de base de dados para o cálculo dos valores a serem repassados ao custeio das equipes da SF, SB e ACS.

41. O Ministério da Saúde mantém uma Coordenação de Acompanhamento e Avaliação– CAA no DAB para monitorar o comportamento dos indicadores relacionados à Atenção Básica em Saúde. Foi elaborado, também, um programa de Avaliação para Melhoria da Qualidade da Estratégia Saúde da Família – AMQ, no âmbito da CAA, que consiste em uma metodologia de autoavaliação (por meio de questionários) dirigida a atores e espaços específicos: gestor, coordenação, unidades de saúde e equipes da SF. Situa-se numa perspectiva interna, de autogestão, protagonizada por aqueles que desenvolvem as ações na estratégia. Esta autoavaliação busca orientar a formação de um diagnóstico acerca da organização e do funcionamento dos serviços e suas práticas partindo da formulação atual da estratégia Saúde da Família (princípios, diretrizes e campos de atuação). Possibilita a identificação dos estágios de desenvolvimento, dos aspectos críticos, assim como das potencialidades e pontos consolidados. Orienta, ainda, a elaboração de planos de intervenção para resolução dos problemas verificados, de maneira estratégica (Documento Técnico – AMQ – 2005).

2.9. Avaliações anteriores

42. Os recursos do SUS são fiscalizados pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS – Denasus, Controladoria Geral da União – CGU e Tribunal de Contas da União – TCU. Todas estas instâncias de fiscalização fazem avaliações dos recursos federais aplicados nas estratégias da Atenção Básica, entre elas Saúde da Família, Saúde Bucal e Agente Comunitário de Saúde.

43. Cabe relembrar que o TCU realizou auditoria de natureza operacional no então Programa Saúde da Família – PSF em 2001. Na época, a auditoria buscou verificar as evidências de alteração no vínculo de corresponsabilidade entre os profissionais de saúde junto ao SUS e aos beneficiários do Programa, mediante a avaliação de aspectos relativos à operacionalização do PSF, especialmente no que dizia respeito à implantação e atuação das ESF. Entre os principais problemas apontados pela fiscalização foram destacados: a elevada rotatividade e a dificuldade na contratação de médicos para as equipes; a precariedade nos vínculos contratuais de trabalho; o descumprimento da carga horária de trabalho pelos profissionais médicos; a inadequação no sistema de referência; a infraestrutura inadequada ao desenvolvimento dos trabalhos; a necessidade de incorporação de outros profissionais às ESF; a elevada demanda espontânea às Unidades de Saúde da Família (USF); a falta sistemática de medicamentos; a ausência de ações de fiscalização, monitoramento e avaliação, de forma rotineira e sistemática, por parte das coordenações do programa nos estados e municípios, entre outras irregularidades.

44. A exemplo da auditoria realizada pelo TCU, o Denasus e a CGU também fiscalizam e fazem acompanhamentos nas estratégias do Programa Atenção Básica. As irregularidades identificadas nestes trabalhos corroboram os achados da auditoria do TCU, pois em sua maioria são coincidentes.

45. Entre as principais irregularidades apontadas pelo Denasus, encontram-se a inexistência do Plano Municipal de Saúde e da Programação Anual das Atividades; dificuldade/impossibilidade de agendamento de exames laboratoriais e consultas especializadas para os usuários da estratégia SF; número de famílias atendidas por equipe superior ao recomendado pela PNAB; baixa cobertura da população; não formalização do sistema de referência e contrarreferência; inexistência de referência para tratamentos odontológicos; utilização de recursos financeiros da Atenção Básica em outras finalidades; unidades da estratégia SF sem as mínimas condições de infraestrutura para atendimento da população; ausência de medicamentos e insumos básicos nas unidades de SF; dificuldade de transporte das equipes para as visitas domiciliares; descumprimento de carga horária, entre outras irregularidades.

46. Os trabalhos realizados pela CGU, no âmbito do Programa de Fiscalização a partir de Sorteios Públicos, também identificaram diversas constatações relacionadas à operacionalização da SF, a exemplo de deficiências na garantia

da referência aos serviços de apoio e diagnóstico, a consultas especializadas, a urgências e emergências e à internação hospitalar, bem como da contrarreferência do paciente ao serviço de origem; de infraestrutura inadequada ao funcionamento da estratégia; de desvio dos recursos para outros fins; de descumprimento da carga horária semanal pelos membros das equipes; de composição de equipes em desacordo com as diretrizes operacionais estabelecidas; da não realização de ações de promoção à saúde; de impropriedades no preenchimento do SIAB, entre outras constatações.

47. Tanto as irregularidades constatadas pelo Denasus como aquelas identificadas pela CGU são encaminhadas para conhecimento da autoridade local e para o Ministério da Saúde, a fim de que possa ser instaurado processo de regularização. Nos casos em que o gestor local não adota providências para o saneamento dos problemas, os recursos financeiros referentes ao financiamento das mencionadas estratégias são suspensos, por meio de portarias publicadas pelo MS até que gestor local demonstre ter saneado as irregularidades.

48. Na sequencia, passa-se ao relato da avaliação realizada pela equipe sobre os aspectos abordados na auditoria quanto ao planejamento, infraestrutura, pessoal, avaliação e monitoramento da implementação das principais estratégias da Atenção Básica.

Sistema de planejamento das ações de saúde dos municípios

49. Por ocasião das visitas aos municípios, constataram-se várias deficiências no sistema de planejamento das ações de saúde, que dificultam o pleno alcance dos objetivos da PNAB. No âmbito do SUS, podem-se destacar alguns instrumentos de planejamento capazes de nortear e organizar o desenvolvimento das ações em saúde dos municípios: Plano Municipal de Saúde – PMS, Programação Anual de Saúde – PAS e o Relatório Anual de Gestão – RAG.

50. Entende-se como PMS o "instrumento que apresenta as intenções e os resultados a serem buscados no período de quatro anos, os quais são expressos em objetivos, diretrizes e metas. É a definição das políticas de saúde numa determinada esfera de gestão. É a base para a execução, o acompanhamento, a avaliação e a gestão do sistema de saúde" (Brasil - Ministério da Saúde. 2009). PAS é aquele "instrumento que operacionaliza as intenções expressas no Plano de Saúde. Nela são detalhadas as ações, as metas e os recursos financeiros que operacionalizam o respectivo Plano, assim como apresentados os indicadores para a avaliação (a partir dos objetivos, das diretrizes e das metas do Plano de Saúde)".

51. O PMS é requisito legal para recebimento de recursos federais. O inciso III do art. 4º da Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, estabelece alguns critérios objetivos, cujo cumprimento é essencial para que a União possa re-

passar recursos federais ao ente federado, entre eles encontra-se o PMS.

52. Dos 56 (cinquenta e seis) municípios visitados, pelo menos 28 (vinte e oito) apresentaram algum tipo de problema relacionado ao planejamento local. Entre as constatações verificadas, as mais frequentes são: inexistência do Plano Municipal de Saúde e da Programação Anual de Saúde e falhas na elaboração naqueles instrumentos encontrados. As entrevistas realizadas com os gestores municipais de saúde identificaram que o maior motivo para a ausência formal do PMS deve-se à sucessão da gestão. Doze gestores (Itaguari-GO, Bujaru-PA, Alto Alegre-RR; Ubá-MG, Rio Doce-MG, Vassouras-RJ, Tibau do Sul-RN, Tibau-RN, Sapé-PB, Arara-PB, Neópolis-SE, Salinas da Margarida-BA) afirmam que, quando assumiram a gestão, não encontraram nenhuma documentação referente ao planejamento da saúde no município, seja porque o gestor anterior realmente não elaborou o plano ou porque nenhuma documentação foi encontrada nos arquivos da secretaria municipal de saúde na ocasião da posse do novo gestor.

53. Os municípios de Ubá e Rio Doce, em Minas Gerais, também atribuem a morosidade na elaboração do novo PMS ao atraso na realização da Conferência Municipal de Saúde. Dois dos municípios visitados no estado do Amapá informaram que a ausência do instrumento se deve à indefinição da assinatura do Termo de Compromisso de Gestão do Pacto pela Saúde, que se encontra em discussão com o Governo do Estado do Amapá, embora este documento dependa, em sua essência, de informações que devem ser extraídas do Plano de Saúde Plurianual do ente federado.

54. Entre as falhas na elaboração do PMS, podemos destacar a ausência de alguns dos requisitos básicos para a confecção do documento, tais como a ausência de diagnóstico da situação de saúde do município; ausência de proposta expressa para reorganização do sistema municipal de saúde a partir da estratégia Saúde da Família; ausência de metas, objetivos e mecanismos de acompanhamento das ações desenvolvidas no âmbito desta estratégia; ausência da formalização da grade de referência e contrarreferência dos serviços de média e alta complexidade, inclusive de serviços odontológicos.

55. O planejamento inadequado foi identificado como um fator de dificuldade na consolidação da Saúde da Família por 6 (seis) dos 14 (catorze) gestores estaduais que responderam ao questionário elaborado pela equipe de auditoria.

56. Pode-se dizer que a cultura de planejamento da saúde ainda é incipiente nos municípios, embora o MS mantenha diversas publicações, disponíveis em seu portal na internet, orientando acerca dos instrumentos básicos de planejamento no âmbito do SUS. As principais causas atribuídas ao pouco ou nenhum planejamento em saúde nos municípios visitados perpassa, além

de outros motivos, pela escassa capacitação na área de planejamento. O baixo grau de conhecimento sobre os instrumentos de planejamento do SUS, não só das equipes de saúde da família, mas especialmente dos gestores da saúde, tem impacto significativo na organização do sistema municipal de saúde.

57. Desde 2006, o MS mantém o Sistema de Planejamento do Sistema Único de Saúde – PlanejaSus, uma iniciativa que promove oficinas macrorregionais a fim de definir e aperfeiçoar as bases de organização e o funcionamento do sistema de planejamento do SUS. O objetivo é orientar os gestores na formulação dos instrumentos básicos de planejamento estadual e municipal. No âmbito da Portaria GM/MS nº 204, de 2007, foi estabelecido o bloco de financiamento da Gestão do SUS que, entre os seus componentes, inclui o repasse de recursos para custear ações voltadas para o planejamento e orçamento do SUS para aqueles entes que assinarem o Termo de Compromisso e aderirem ao Pacto pela Saúde.

58. Mesmo assim, nas visitas de estudos de caso, foi possível verificar deficiências na capacitação na área de planejamento, além da carência de recursos humanos suficientes para realizar os levantamentos de saúde necessários à elaboração do PMS. Outro ponto que prejudica o planejamento municipal é a ausência, desconhecimento, desuso ou desatualização do Plano Diretor de Regionalização (PDR), importante instrumento de organização do sistema estadual de saúde. A correta interpretação do PDR é indispensável para organizar e planejar o fluxo de pacientes para outros municípios polos de referência.

59. Dados coletados nas pesquisas apontaram que 53% e 48% dos gestores municipais consideram regular, ruim ou péssimo o apoio recebido, respectivamente, do estado e do Ministério da Saúde.

60. Os problemas decorrentes das falhas apontadas neste trabalho acarretam os mais variados níveis de desorganização no sistema de planejamento da saúde no município. O desconhecimento do perfil epidemiológico do município dificulta e até impede o estabelecimento de objetivos e metas anuais para atenção básica (Programação Anual de Saúde). A inexistência de objetivos e metas inviabiliza o estabelecimento de critérios hábeis para controlar, avaliar e monitorar, não apenas o trabalho desenvolvido pelas equipes, mas também os indicadores de saúde do município, prejudicando o estabelecimento da relação de causa e efeito entre o trabalho das ESF e a evolução desses mesmos indicadores de saúde. As falhas no planejamento também dificultam a organização nos fluxos daqueles pacientes que necessitam de atendimentos fora da atenção primária, reduzindo assim o potencial de resolubilidade previsto para o atendimento primário.

61. É importante citar como boa prática o esforço de elaboração de um roteiro prático e simplificado dos passos necessários para elaboração dos ins-

trumentos de planejamento, a exemplo do guia prático de apoio à elaboração de Planos Municipais de Saúde organizados pelos estados da Bahia (disponível em: < http://www.saude.ba.gov.br/arquivos/MANUAL_PARA_ELABORAÇÃO_DE_PMS.pdf>) e de Santa Catarina (disponível em: < http://www.saude.sc.gov.br/instrumentos_gestao/guia_plano_municipal/Guia%20para%20Elaboracao%20do%20Plano%20Municipal%20de%20Saude.pdf>).

62. Vale ressaltar também a iniciativa do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), que propôs às Secretarias Estaduais de Saúde (SES) a realização de um Curso de Aperfeiçoamento em Gestão da Atenção Primária à Saúde em parceria com a Universidade de Toronto, no Canadá. Alagoas, Maranhão, Paraíba e Piauí farão parte do curso inicial. A duração do projeto está prevista para dois anos e meio. Trata-se de uma proposta de capacitação para o processo de planificação da Atenção Primária à Saúde nos estados e visa assessorar as Secretaria Estadual de Saúde - SES na reorganização do seu sistema de saúde, proporcionado às equipes das SES instrumentos, ferramentas e tecnologias de planejamento da atenção à saúde.

63. Sem prejuízo das propostas feitas diretamente aos municípios pelas regionais do TCU, que identificaram a ausência ou falha nos instrumentos de planejamento, considera-se pertinente recomendar ao Ministério da Saúde que desenvolva:

a. ações estratégicas de capacitação voltadas para orientação prática na elaboração do Plano Municipal de Saúde, incluindo a confecção de um roteiro simplificado para subsidiar os gestores locais na elaboração do documento;

b. mecanismos eletrônicos de inserção de dados destinados a alimentação dos conteúdos básicos de cada Plano Municipal de Saúde, bem como dos objetivos e metas, de modo que os órgãos de fiscalização, controle social e demais interessados tenham acesso, pela internet, às informações de saúde levantadas pelos municípios.

64. Espera-se que, com essas medidas, o gestor local tenha um documento capaz de orientá-lo de forma prática e rápida acerca dos procedimentos necessários à elaboração do Plano Municipal de Saúde. A existência de um banco de dados com as principais informações dos planos, além de tornar pública a gestores, órgãos de fiscalização, controle social e demais interessados essas informações, evita também a perda dos principais dados dos de planejamento quando da sucessão da gestão municipal.

Disponibilização aos usuários da estratégia Saúde da Família de serviços especializados, de apoio diagnóstico e terapêutico, ambulatorial e hospitalar.

65. Em entrevistas, usuários e profissionais relataram constantes dificuldades para agendar consultas e exames de diagnóstico dentro e fora do municí-

pio de residência do usuário. Foi relatada, também, a excessiva demora entre o agendamento e a efetiva realização dos procedimentos para os quais o usuário foi encaminhado.

66. 34 dos 56 municípios visitados destacaram o acesso aos serviços de saúde fora da atenção básica como uma grande deficiência no sistema municipal de saúde. Entre os vários problemas apontados para explicar essa dificuldade, cabe enfatizar o estabelecimento de cotas de exames e consultas no município polo de referência. No contexto do SUS, aqueles entes que não oferecem serviços especializados em saúde devem encaminhar seus pacientes a outro município definido no Plano Diretor de Regionalização – PDR como referência para aquela região de saúde. Percebeu-se nas entrevistas que muitos dos gestores não têm conhecimento adequado acerca da utilização das informações constantes neste instrumento.

67. Segundo informações do MS, apenas o estado do Maranhão nunca elaborou o PDR, instrumento apto a fazer o ordenamento regional da atenção à saúde. Acre, Amazonas, Piauí e Roraima não fazem atualizações nesses planos há mais de cinco anos. As outras unidades da federação fizeram atualizações entre 2006 e 2009. Apesar de existir apenas um estado que nunca elaborou o PDR, ainda assim os gestores municipais de todo o país têm dificuldades em planejar os encaminhamentos dos usuários da atenção básica de forma tempestiva.

68. Observou-se, também, que os gestores têm dificuldade em pleitear junto à CIB o aumento das cotas de serviços especializados para fazer frente às suas necessidades. Isto se deve especialmente à precariedade ou ausência dos levantamentos de saúde necessários à identificação da demanda por serviços dentro do município. A falta do diagnóstico de saúde do município inviabiliza o planejamento adequado das ações a serem desenvolvidas para resolver os principais problemas de saúde, como também impossibilita o gestor de fundamentar, junto às instâncias de pactuações, as reais necessidades de seus munícipes. As dificuldades encontradas no processo de planejamento municipal interferem diretamente na garantia dos fluxos dos pacientes que necessitam de serviços mais especializados, especialmente daqueles advindos da atenção básica em saúde do SUS.

69. Quanto à organização do acesso aos outros níveis de atenção à saúde, há relatos de que o próprio paciente, quando recebe encaminhamento, precisa se deslocar até a Secretaria Municipal de Saúde – SMS para tentar agendar o procedimento. As equipes de Saúde da Família visitadas, em diversos dos municípios, não costumam fazer o acompanhamento necessário para saber se o paciente conseguiu agendar e realizar consultas e exames, tampouco se será necessário dar continuidade ou não ao tratamento, princípio básico da longi-

tudinalidade do cuidado preconizado pela PNAB. Entende-se por longitudinalidade do cuidado a "relação pessoal que se estabelece ao longo do tempo, independentemente do tipo de problemas de saúde ou mesmo da presença de problema de saúde, entre indivíduos e um profissional ou uma equipe de saúde" (Conass, 2007).

70. Da mesma forma, o médico da equipe não recebe informações sobre as condições de saúde do paciente encaminhado para a média e alta complexidade. Primeiro porque a contrarreferência não é uma prática comum, nem no Brasil nem em outros países desenvolvidos, segundo porque, normalmente, as equipes não costumam realizar o controle dos pacientes que necessitam de cuidados fora da atenção básica, nem o controle do retorno desses pacientes, a fim de dar continuidade ao tratamento, procedimento básico para se formar vínculos de acompanhamento da situação de saúde da pessoa, família e comunidade, conforme recomendado pelos princípios da PNAB.

71. Essa situação gera a descontinuidade no cuidado da saúde das populações adstritas, reduzindo a capacidade de solução das patologias diagnosticadas e a consequente baixa na credibilidade que a estratégia Saúde da Família deveria ter frente às populações que dela necessitam.

72. Dados coletados em pesquisa junto a gestores estaduais revelaram que problemas no acesso aos serviços de saúde especializados dificultam a consolidação da estratégia Saúde da Família, conforme afirmaram 12 dos 14 Estados cujos secretários responderam ao questionário. A baixa resolubilidade dos serviços prestados por essa estratégia também foi apontada como problema entre 13 dos 14 gestores que se manifestaram ao serem questionados. Tal fato decorre especialmente em razão da quebra do fechamento do ciclo entre consulta, apoio diagnóstico e tratamento. Já entre os gestores municipais, a pesquisa constatou que 52,2% identificam a falta de condições para encaminhamento dos pacientes para atendimento especializado ou de urgência como fator que dificulta a consolidação da estratégia SF e 40% apontam a falta de garantia de acesso ao serviço de apoio diagnóstico e laboratorial, dentro do município ou fora dele, como um desses fatores.

73. Devem ser destacadas algumas ações como boas práticas dentro do sistema municipal de saúde, a exemplo do agendamento de consultas e exames especializados pela própria ESF. Nestes casos, quando as equipes não conseguem fazer os devidos agendamentos na hora do atendimento, os usuários são notificados posteriormente (Arapiraca-AL; Mazagão-AP; Guaçuí-ES; Alfredo Chaves-ES; Igarapé-Miri-PA; Santarém-PA). A existência de centrais de marcação de consulta (Mazagão-AP; Rio Brilhante-MS; Campo Grande--MS; Ivinhema-MS; Guaratinguetá-SP), a coleta de material para exames de diagnóstico realizada na própria unidade de Saúde da Família (Rio Brilhante-

-MS; Campo Grande-MS; Ivinhema-MS), bem como a disponibilização dos resultados de exames bioquímicos, via sistema próprio de computação, diretamente dos laboratórios para as unidades de SF (Campo Grande-MS), são outros exemplos de boas práticas.

74. A par de tudo isso opta-se por recomendar ao MS, Conass e Conasems para que promovam discussões com os Secretários Municipais de Saúde acerca da importância da identificação da capacidade instalada na área da saúde de cada município, bem como do levantamento das necessidades de saúde local, para realização da compatibilização entre demanda e oferta, de modo que, naqueles casos de insuficiência de serviços de maior complexidade nos estabelecimentos públicos de saúde dos municípios, as secretarias municipais de saúde envidem esforços visando à tempestiva contratualização e/ou à formalização de consórcios municipais, a fim de garantir o adequado acesso da população a consultas especializadas e a exames de maior densidade tecnológica.

75. Considera-se pertinente recomendar ao MS, em conjunto com as SES, Conass e Conasems, para que orientem os gestores municipais da saúde acerca das atualizações das Programações Pactuadas e Integradas – PPIs dos respectivos Estados, a fim de garantir o acesso a consultas especializadas e a exames de maior densidade tecnológica suficientes para atendimento à população.

76. Ressalte-se que se encontra em andamento, na Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo – Seprog deste Tribunal, auditoria de natureza operacional na Política Nacional de Regulação do SUS. O objetivo deste trabalho é adquirir uma visão sistêmica da implantação da política por meio da avaliação de quatro instrumentos estruturantes: a PPI, a contratação dos serviços de saúde, os complexos reguladores e os sistemas de informações. Demais recomendações acerca dos fluxos dos pacientes dentro dos sistemas de saúde municipais e estaduais serão propostas no âmbito desta auditoria.

77. Espera-se que tais medidas sejam aptas a promover as discussões necessárias quanto à necessidade de ampliação do número de consultas especializadas e exames de diagnóstico disponíveis à população.

Recursos Financeiros

5.1. Contrapartida financeira dos estados

78. A PNAB prevê que o financiamento da atenção básica deve ser tripartite, todavia não há normativos específicos que estabeleçam percentuais da participação de cada ente federado. Na distribuição dos recursos financeiros federais, existem alguns critérios bem objetivos: PAB Fixo e PAB Variável, conforme já explicado no item sobre aspectos orçamentários. No âmbito estadual, não há critérios objetivos que estabeleçam a distribuição dos recursos

estaduais, ficando os municípios encarregados de complementar o custeio da atenção básica nos casos em que o estado não aporta recursos para tal fim.

79. Nos estudos de caso, quando questionados, os gestores municipais de alguns municípios (Macapá-AP, Mazagão-AP, Itaubal-AP, Linhares–ES, Guaçuí-ES, Itaguari-GO, Nerópolis-GO, Trindade-GO, Picos-PI, Sussuapara-PI, Teresina-PI, Guaratinguetá-SP) relataram que as respectivas SES não repassavam a contrapartida financeira referente ao custeio da estratégia SF. Esta situação foi identificada em outras auditorias já realizadas tanto pelo Denasus como pela CGU. Em alguns casos, a exemplo do Espírito Santo, embora o estado não repasse os recursos financeiros, este ente desenvolve cursos de capacitação, oferecendo aos municípios apoio técnico, bem como adquirindo equipamentos destinados ao desenvolvimento das atividades das ESF. A percepção de que o Estado não repassa recursos financeiros para ajudar a custear as estratégias da Atenção Básica também foi manifestada nos questionários respondidos pelos gestores municipais. Quando questionados sobre os fatores que dificultavam a consolidação da estratégia saúde da família, 45,3% afirmaram que isso se devia a falta de aplicação de recursos financeiros pelo governo estadual e 65,1% atribuíram à escassez de recursos financeiros de uma maneira geral. Na pesquisa, solicitou-se que os gestores municipais avaliassem a disponibilidade dos recursos financeiros para custeio da saúde, sendo que 79% dos gestores avaliaram essa disponibilidade como regular, ruim ou péssima, conforme mostra o gráfico 9.

[...]

80. Pode-se atribuir como causa para essa insatisfação do gestor local o descumprimento, por parte do gestor estadual de saúde, do que foi definido na PNAB e a falta de critérios objetivos para o repasse estadual aos municípios, comprometendo a manutenção da infraestrutura, a aquisição de insumos e a contratação de recursos humanos necessários ao desenvolvimento das ações da Saúde da Família.

81. Foi identificado como uma boa prática o estabelecimento de critérios objetivos pelo estado do Piauí para cofinanciar as ações da Atenção Básica. Na CIB, foram aprovados critérios para transferência, fundo a fundo, de valores financeiros aos municípios que aderirem a uma das três modalidades instituídas, quais sejam:

i) repasse fundo a fundo, através da instituição de um valor por equipe de Saúde da Família e de Saúde Bucal;

ii) construção e/ou estruturação de Unidades Básicas de Saúde, considerando critérios previamente estabelecidos e

iii) formação/qualificação de profissionais das equipes de Atenção Básica, considerando as prioridades e necessidades diagnosticadas pelas equipes locais, regionais e/ou central.

82. Assim, naquele estado, cada equipe, além de receber um valor fixo do governo federal, poderá receber também se habilitar para receber um incentivo a mais do governo estadual, como contrapartida do cofinanciamento estabelecido pela legislação do SUS.

83. Recomenda-se, portanto, que o MS promova discussões no âmbito das instâncias de pactuações do SUS (CIB e CIT) acerca da necessidade de que cada estado da federação estabeleça critérios mais objetivos para o cofinanciamento (contrapartida) das estratégias da Atenção Básica em Saúde, em especial a Saúde da Família. Com isso, espera-se que haja aumento dos recursos financeiros aplicados, a fim de melhorar e ampliar o atendimento à população.

5.2. Registro dos profissionais da Saúde da Família no CNES

84. A partir de 2007, o MS adotou o Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES como o sistema base de informações para o cálculo do repasse de recursos federais da Saúde da Família aos municípios, em substituição ao Sistema de Informações da Atenção Básica. Todavia, foram identificadas algumas falhas nos registros das Equipes de Saúde da Família – ESF e Equipes de Saúde Bucal – ESB (desatualização, inconsistências, equipes incompletas), que podem gerar distorções de informações capazes de impactar no financiamento das estratégias da atenção básica.

85. Primeiramente, observou-se, por meio de consulta ao banco de dados, desatualização entre os cadastros dos profissionais de saúde das ESF e ESB. Em diversos dos municípios visitados, constatou-se que a equipe atuante, a entrevistada, não era a mesma cadastrada no CNES.

86. A equipe de auditoria percebeu, nas consultas realizadas no CNES, que é comum os dados dos profissionais que integram as ESF, ESB e ACS estarem desatualizados. No município de Alexânia-GO, local do teste-piloto, nenhum médico, enfermeiro ou odontólogo entrevistado estava cadastrado na unidade de saúde correspondente. Havia o registro de outros profissionais que trabalharam no município em momentos anteriores. A Coordenadora da Atenção Básica em Saúde do município está cadastrada como enfermeira de uma das ESF habilitadas, mas quem realmente atua é outra profissional.

87. Em termos financeiros não há impacto, pois o repasse de recursos se destina às equipes habilitadas no sistema, independentemente se é aquela que atua ou não, porém a transparência da informação para o controle social fica distorcida, pois o profissional cadastrado não é aquele que atende o usuário, dificultando o controle da comunidade.

88. A Portaria GM/MS nº 648, de 2006, assegura o repasse de verbas federais por até 90 dias após o gestor desligar o membro da Saúde da Família - SF e da Saúde Bucal - SB no CNES. Este prazo foi entendido como razoável para que o gestor consiga contratar outro servidor para substituir aquele desligado. Contudo, nesse período (90 dias) o profissional desligado pode ser cadastrado em uma nova equipe em outro município. Assim, o Ministério da Saúde pode repassar os incentivos financeiros referentes às duas equipes, tanto para aquele município que desligou o integrante da SF, ou SB, como para aquele que o cadastrou mais recentemente. Vislumbra-se neste procedimento, a par da alta rotatividade especialmente dos médicos, tema que será abordado no capítulo 6.3, a possibilidade de troca periódica de membros da SF e SB, especialmente do médico, uma vez que ao deixar de integrar a SF anterior, o profissional pode ser cadastrado em uma nova equipe sem, contudo, que nenhum dos municípios pare de receber os recursos federais para custeio das ESF e ESB, pelo menos por 90 dias.

89. Observou-se, também, a inexistência de mecanismos de críticas eletrônicas capazes de impedir que um mesmo profissional seja cadastrado em diferentes estabelecimentos de saúde, localizados em municípios distantes milhares de quilômetros um do outro. Para o CNES, basta que o cadastrado possua apenas um vínculo com a Saúde da Família (40 horas), os demais vínculos não são checados quanto à impossibilidade de exercício das funções cadastradas. Pelo CNES não é possível saber se o membro de equipe efetivamente trabalha em todos os locais para os quais está cadastrado. Isso cria a possibilidade de haver o "aluguel" de registros de profissão ou mesmo o cadastramento do profissional sem seu conhecimento, pois este pode morar e trabalhar em uma localidade, não ser membro de ESF e ESB e, mesmo assim, seu registro no Conselho Regional de Medicina – CRM estar cadastrado como integrante de uma equipe num município remoto. Numa simples consulta ao CNES, foram identificados casos de profissionais atuantes em cidades muitos distantes, a exemplo de municípios localizados na BA e no RJ, no PI e em SP, e na BA e no PR, neste último caso conforme ilustrado na figura 2, do apêndice B.

90. Algumas inovações, entretanto, vêm sendo implementadas para melhorar o controle via CNES. Desde 2004, o Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas – DRAC/SAS/MS implantou uma sistemática na qual os médicos com carga horária de trabalho superior a 64 horas semanais (carga entendida como o limite do razoável) no mesmo município estão sendo identificados pelo gestor local. Há um ano aplicam-se mecanismos de críticas eletrônicas para filtrar o cadastro de médicos da SF com quatro ou mais ocupações profissionais diferentes, de acordo com a Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, e, desde julho de 2009, a identificação de profissio-

nais médicos com carga horária de trabalho superior a 160 horas semanais, independentemente da localidade, está sendo objeto de recomendação para os gestores cujo cadastro no SCNES se enquadre nessa situação. Da mesma forma, foram implantados mecanismos de controle para identificação das duplicidades de cadastro de profissionais em ESF/ESB no CNES. Este procedimento está gerando a suspensão dos repasses dos incentivos financeiros até que o gestor responsável regularize a situação.

91. Em Linhares/ES, uma ESF e uma ESB, devidamente cadastradas, não estavam funcionando, em razão da demissão de todos os profissionais pelo prefeito que perdera as eleições em 2008. Os repasses federais foram repassados durante quatro meses, sem a correspondente prestação de serviços de saúde à população. Também foi constatado que uma ESF no município de Tremembé-SP estava funcionando sem a presença da médica cadastrada, que fora demitida no início de 2009. Após a visita da equipe de auditoria do TCU, houve o descadastramento da profissional, conforme consta (*omissis*), a data desligamento.

92. É possível cadastrar uma ESF ou ESB sem a infraestrutura mínima correspondente para o atendimento da população. Isto foi identificado em Campo Grande-MS, onde uma ESB cadastrada não possuía equipamento odontológico instalado e o odontólogo contratado estava trabalhado em outras unidades de saúde enquanto aguardava, há mais de ano, a instalação dos equipamentos adquiridos, a fim de que a equipe cadastrada pudesse funcionar, conforme foto do equipamento odontológico ainda embalado, figura abaixo.

[...]

93. Tais vulnerabilidades são causadas pelas deficiências no processo de atualização dos registros no CNES. Normalmente o gestor local cadastra a equipe homologada pelo MS, mas as atualizações necessárias ao longo do tempo são feitas apenas formalmente, ou seja, um arquivo eletrônico é enviado para a central de dados do Datasus (atualizações virtuais) pelos gestores locais da saúde, mas nem sempre essas informações correspondem à realidade. Para garantir que o CNES retrate a verdadeira realidade do município, faz-se necessário que todos os gestores tenham consciência da importância deste cadastro para a transparência das informações. Ressalte-se que não existe qualquer sanção para aquele gestor que não mantém os cadastros no CNES em consonância com a realidade. Este sistema não deve ser visto apenas como base de informações para se calcular os valores a serem repassados, mas deve servir, especialmente, para que a sociedade, controle social e órgãos de fiscalização conheçam o município e possam exercer fiscalização tempestiva.

94. Foi relatado, ainda, que uma das principais causas de má alimentação do CNES é a constante mudança de gestores nos municípios, com a consequente alteração do corpo de funcionários. Às vezes os servidores são capacitados, mas quando gestor desocupa o cargo, normalmente a maioria daquelas pessoas que foram capacitadas são demitidas ou exoneradas, deixando a SMS com baixo grau de conhecimento acerca dos procedimentos de atualização do CNES.

95. Reconheceu-se como boa prática a iniciativa do DRAC na realização de três treinamentos no Pará (Belém, Santarém e Marabá) com vários servidores municipais. Os resultados desses treinamentos foram considerados bons pelo próprio DRAC. Está previsto um novo treinamento em São Luis-MA. Note-se que o ideal é que tais treinamentos fossem destinados, preferencialmente, a servidores efetivos, a fim de minimizar o esvaziamento dos conhecimentos adquiridos em razão da saída dos profissionais sem vínculo estável com a administração pública.

96. Assim, recomenda-se ao MS que desenvolva mecanismos de críticas eletrônicas no sistema de informações do CNES, a fim de rastrear os profissionais que estejam cadastrados na estratégia Saúde da Família e também em outros estabelecimentos de saúde, cuja distância física impossibilite o exercício da função em ambos os estabelecimentos. Com isso, espera-se o aumento da confiabilidade das informações do CNES e a prevenção de repasses financeiros incorretos do PAB Variável.

Infraestrutura disponível para desenvolvimento das atividades das equipes de Saúde da Família

6.1. Instalações físicas

97. Foram identificadas várias deficiências na infraestrutura disponível às ESF e ESB em diversos locais visitados nos estudos de caso: falta de sanitários, de salas de espera e de locais para reuniões e palestras (Satuba-AL, Alexânia-GO, Nerópolis-GO, Campo Grande-MS, Brilhante-MS); Unidades Básicas de Saúde – UBS em condições físicas precárias, com problemas de infiltração e mofo, reboco deteriorado, portas e janelas quebradas, instalações elétricas e hidráulicas comprometidas, incluindo falta de água (Neópolis-SE); UBS instalada de forma improvisada em um galpão com pássaros, com falta de condições higiênicas e isolamento acústico (Tremembé-SP); ausência de sala para espera para os usuários e de rampa de acesso para cadeirantes (Itabaiana-SE); unidades funcionando em imóveis alugados ou cedidos (Satuba-AL, Guaçuí-ES, Ubá-MG e Igarapé-Miri-PA, Alexânia-GO). No caso de imóveis alugados, o gestor normalmente não investe em melhorias em função da dificuldade de se adaptar um imóvel residencial para uma UBS, da falta de recursos financeiros ou da precariedade da relação jurídica do aluguel, uma

vez que o proprietário pode solicitar o imóvel.

98. Foi destacado pelas equipes de auditoria o compartilhamento parcial ou total de espaços físicos com serviços não vinculados à estratégia SF (Atenção Básica tradicional). Quanto a tal questão, o TCU já se manifestou em trabalho anterior, Acórdão TCU nº 1.146/2003-P, nos seguintes termos:

"9.6 determinar ao Ministério da Saúde, por intermédio da Secretaria de Políticas de Saúde (atual Secretaria de Atenção à Saúde), que, na implementação do Programa Saúde da Família, nos diversos entes da Federação, qualquer que seja a nomenclatura do programa adotada no local, observe o seguinte:

(...)

9.6.7. as Unidades de Saúde da Família (USF), dada as especificidades do programa em que se inserem, deverão ter instalações, equipamentos, material e pessoal distintos das dos centros ou postos de saúde da rede tradicional das secretarias de saúde dos entes federados;" (grifo nosso)

99. Identificou-se, também, dificuldade nos deslocamentos de equipes para realização de visitas domiciliares em razão da ausência de veículos para tal fim (Macapá-AP, Mazagão-AP, Itaubal-AP, Jiquiriçá-BA, Linhares-ES, Alfredo Chaves-ES, Campo Grande- MS, Rio Brilhante-MS, Ivinhema-MS, Niterói-RJ, Mossoró-RN, Tibau-RN, Itabaiana-SE e Neópolis-SE, Alexânia-GO). Isso prejudica a filosofia da SF, pois as equipes devem realizar atendimentos domiciliares, principalmente aos pacientes que não possuem condições de se locomover até à UBS.

100. Muitas destas reclamações e constatações já foram apontadas nos relatórios de auditoria nos municípios sorteados pela CGU e nas auditorias do Denasus, corroborando, assim, a impressão manifestada pelos Secretários Municipais de Saúde nos questionários da pesquisa, na qual os gestores apontaram diversos fatores que dificultam a consolidação da estratégia Saúde da Família em seu município, (*omissis*).

101. Embora 43% (quarenta e três) e 39% (trinta e nove) dos gestores municipais tenham afirmado que o espaço inadequado e a falta de equipamento, respectivamente, interferem na consolidação da estratégia Saúde da Família, apenas 7% (sete) avaliam como ruim ou péssima a infraestrutura disponível para o desenvolvimento do trabalho das equipes. Cabe destacar que 55% (cinquenta e cinco) avalia como bom ou ótimo e 38% (trinta e oito), como regular (gráfico 11).

102. A avaliação, colhida por meio de questionário enviado, sobre a opinião dos gestores quando questionados sobre os fatores que dificultavam a consolidação da estratégia saúde da família aponta contradição em relação às observações constatadas nas visitas in loco, durante os estudos de caso no

âmbito desta auditoria e com as constatações verificadas por outros órgãos de controle, onde foram identificadas várias deficiências na infraestrutura disponível ao trabalho das equipes.

[...]

103. O principal motivo para a continuação desta situação é a insuficiência de recursos financeiros para construção de UBS, conforme justificativas dos gestores entrevistados. Contudo, foram identificadas boas práticas durante o trabalho. Em Estância-SE e Alexânia-GO, há unidades móveis de odontologia para atendimento a pacientes acamados, em perfeita consonância com a filosofia da estratégia SF.

104. Com objetivo de incentivar os municípios na construção de unidades com boa estrutura física para que as Equipes de Saúde da Família desempenhem ações com melhor qualidade, o Ministério da Saúde publicou, por meio da Portaria GM/MS nº 2.226, de 18 de setembro de 2009, o Plano Nacional de Implantação de Unidades Básicas de Saúde, que aporta recursos para construção de Unidades Básicas de Saúde, divididas em componentes I e II, destinadas a municípios com população de até 50 mil habitantes e a municípios com mais de 50 mil habitantes, respectivamente. Esse normativo estabelece requisitos para que os municípios sejam habilitados a receber as verbas federais, na modalidade fundo a fundo, para construção das unidades básicas de saúde.

105. Em virtude das falhas apontadas anteriormente e das iniciativas do MS, sugere-se recomendar ao MS que, ao eleger os municípios a serem contemplados com recursos federais para construção de UBS no Plano Nacional de Implantação de Unidades Básicas de Saúde, priorize aqueles municípios com Equipes de Saúde da Família e Saúde Bucal já existentes e que estejam instaladas em locais impróprios para o adequado atendimento à população.

106. Recomenda-se, também, ao MS, em conjunto com as Secretaria Estaduais de Saúde, Conass e Conasems, orientar os municípios, quando da habilitação de novas ESF, a escolherem instalações que atendam os requisitos mínimos para um adequado atendimento à população, preferencialmente que sejam acomodadas em instalações diferentes das dos centros ou postos de saúde da rede tradicional.

107. Com tal iniciativa, espera-se que haja significativo aperfeiçoamento na infraestrutura da Saúde da Família, com melhoria das condições de trabalho dos profissionais e de atendimento à população.

6.2. Equipamentos e Insumos básicos

108. Outro ponto que merece destaque na auditoria é a falta de equipa-

mentos e insumos para o trabalho das equipes, problema já identificado em auditorias realizadas anteriormente, tanto por este Tribunal em 2001, como pela CGU e também pelo Denasus.

109. De acordo com a Política Nacional de Atenção Básica, compete às Secretarias Municipais de Saúde garantir a infraestrutura necessária ao funcionamento das equipes de Saúde da Família, equipes de Saúde Bucal e das Unidades Básicas de Saúde de referência dos Agentes Comunitários de Saúde, dotando-as de recursos materiais, equipamentos e insumos suficientes. Entretanto, esta não é a realidade encontrada em muitos dos municípios visitados.

110. Foram identificados, por exemplo, desabastecimentos de insumos básicos, como algodão, gaze, agulha, luva de procedimento e fio de sutura em Macapá-AP; e falta de mobiliário, estufas, balanças e otoscópios em Guaçuí-ES.

111. Da mesma forma, é comum a falta de medicamentos da Farmácia Básica, ou seja, de medicamentos básicos, incluindo aqueles destinados ao controle e/ou ao tratamento de programas específicos de asma, rinite, hipertensão, diabetes, Saúde Mental, além de insumos para os programas de Saúde da Mulher. Foi relatada a falta de medicamentos nos municípios de Macapá-AP, Mazagão-AP, Jiquiriçá-BA, Linhares-ES, Bujaru-PA, Picos-PI, Sussuapara-PI, Vassouras-RJ, Iracema-RR, Alto Alegre-RR, Boa Vista-RR, Itabaiana-SE, Neópolis-SE e Estância-SE.

112. Também é importante frisar a falta de materiais básicos (mochilas, pranchetas, fitas métricas, crachás, uniformes, calçados, meios de transporte) e de equipamentos de proteção individual (guarda-chuva ou capa de chuva, protetor solar, boné) para os ACS. Esses profissionais são os que mais lidam com a população e são considerados indispensáveis para a consecução dos objetivos da SF. Auditorias anteriores constataram a ocorrência de situações em que outras pessoas faziam-se passar por ACS, visando à realização de atos ilícitos, possibilitando a ocorrência de prejuízos aos usuários, fato que poderia ser evitado com o uso de uniformes e crachás da SMS. A falta de materiais foi identificada em 29 municípios, dos 56 visitados (Macapá-AP, Mazagão-AP, Itaubal-AP, Ilhéus-BA, Jiquiriçá-BA, Salinas de Margarida-BA, Rio Doce-MG, Ubá-MG, Ibertioga-MG, Campo Grande-MS, Rio Brilhante-MS, Ivinhema-MS, Calumbi-PE, Igarassu-PE, Triunfo-PE, Picos-PI, Sussuapara-PI, Mossoró-RN, Tibau do Sul-RN, Tibau-RN, Iracema-RR, Alto Alegre-RR, Boa Vista-RR, Itabaina-SE, Neópolis-SE, Estância-SE, Guaratinguetá-SP, Tremembé-SP e Conchas-SP).

113. A principal causa, de acordo com esclarecimentos dos gestores, é a insuficiência de recursos financeiros, decorrente especialmente da baixa capacidade financeira do município e da falta da contrapartida estadual. Pode-

se destacar também a baixa percepção dos responsáveis pela gestão sobre a importância do trabalho dos ACS para consolidação da estratégia saúde da família.

114. Neste contexto, ter-se-ão como consequências condições insalubres de trabalho, desmotivação dos profissionais, baixo desempenho e o não atingimento da máxima potencialidade das ações.

115. Importante destacar o teor da Portaria GM/MS nº 2.198, de 17 de setembro de 2009, que trata de transferência de recursos destinados à aquisição de equipamentos e material permanente para o Programa de Atenção Básica de Saúde e da Assistência Ambulatorial e Hospitalar Especializada. A liberação dos recursos financeiros dar-se-á de forma automática, do FNS para os Fundos de Saúde Estaduais, Municipais e do Distrito Federal. O financiamento dos bens de que trata essa Portaria refere-se a equipamentos e materiais permanentes para o desenvolvimento das ações na atenção básica em saúde, conforme lista publicada no site do FNS.

116. Recomenda-se, portanto, que o MS, em conjunto com as Secretarias Estaduais de Saúde, Conass e Conasems, divulgue e oriente as SMS acerca do cumprimento dos requisitos mínimos para obter-se financiamento federal por meio da Portaria GM/MS nº 2.198, de 2009, a fim de se adquirir insumos e equipamentos necessários ao desenvolvimento das ações das SF e SB, bem como garantir que o financiamento da Farmácia Básica seja feito de acordo com os normativos vigentes.

117. Com isso, espera-se melhoria na satisfação dos profissionais de saúde e no desempenho de suas atribuições, redução do grau de insalubridade das condições de trabalho dos ACS e melhoria na qualidade e quantidade dos serviços prestados à população.

6.3. Contratação e fixação de pessoal

118. Nas respostas da pesquisa feita junto às SES, todas aquelas que responderam ao questionamento afirmam a existência de dificuldade para atrair ou fixar profissionais na Atenção Básica em Saúde. Diversas são as causas. Entre as principais encontradas na auditoria destacam-se a precariedade do vínculo empregatício, os baixos salários pagos aos profissionais e as deficiências na infraestrutura destinada ao trabalho.

119. Em vários dos municípios visitados foram identificados, em alguma medida, problemas relacionados com a precarização nas relações de emprego entre a Administração Pública e os membros das equipes.

120. Foram encontrados relatos em que membros da SF haviam assinado contrato temporário (Alexânia-GO, Macapá-AP, Mazagão-AP, Itaubal-AP, Jiquiriçá-BA, Salinas de Margarida-BA, Alto Alegre-RR, Igrejinha-RS

e Cruzeiro do Sul-RS) e contrato administrativo (Itaubal-AP, Mazagão-AP e Macapá-AP, Mendes-RJ), inclusive sem direito a férias e décimo terceiro salário. Em Salinas de Margarida-BA foi relatada a existência de Agente Comunitário de Saúde sem a carteira assinada. Casos dessa natureza devem ser investigados em processo separado pela secretaria de controle externo sediada nos estados, a fim de se adotar medidas pertinentes ao controle da gestão pública.

121. Outras situações identificadas referem-se à terceirização da gestão da SF, ou seja, os recursos humanos da ESF são remunerados via contratos indiretos, por intermédio de Organizações Sociais – OS ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP. Constatou-se tal situação em Vassouras-RJ e nos municípios de SP.

122. As diversas modalidades de contratações, todas não estáveis, utilizadas pelo gestor, prejudicam substancialmente o desenvolvimento das atividades das equipes, contribuindo para a instabilidade e desmotivação dos profissionais com o trabalho, levando-os a sempre quererem sair em busca de melhores condições de trabalho, gerando a rotatividade de profissional tipicamente identificada nos municípios.

123. Além da precarização dos vínculos de trabalho prejudicar a fixação de profissionais na SF e SB, as deficiências de infraestrutura e falta de insumos necessários ao trabalho também são citados como fatores que influenciam negativamente no desempenho dos profissionais da atenção primária em saúde. Estes fatores também estão relacionados diretamente à evasão dos membros das equipes, especialmente dos médicos. Diversos artigos científicos publicados já abordaram sobre os principais problemas que dificultam a fixação do profissional médico na SF. Um deles, o artigo intitulado "Satisfação no trabalho e rotatividade dos médicos do Programa de Saúde da Família", concluiu que "a falta de materiais para a realização do trabalho leva a uma maior rotatividade" porque "quanto pior a percepção dos profissionais sobre o ambiente físico da unidade, maior é a rotatividade". "Os profissionais podem até estar motivados para o trabalho, mas a falta de condições materiais e de capacitação para realização das tarefas os leva a sair" da estratégia (Revista de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas – FGV, 2007).

124. Existem vários estudos que associam a dificuldade de atrair e fixar os profissionais de saúde com a distância dos municípios dos grandes centros urbanos e dos principais hospitais e faculdades do país. Muitos abandonam bons salários, em cidades pequenas, em troca de outras perspectivas de carreira ou de melhores condições de trabalho.

125. Conforme tudo o que foi dito anteriormente, várias são as causas que tentam esclarecer os motivos pelos quais existe grande dificuldade em fixar o

profissional médico na unidade de SF. O problema é bastante conhecido de todos os atores envolvidos na implementação da atenção primária no país e é reconhecidamente um grande dificultador no estabelecimento de vínculo de responsabilização sanitária entre a SF e a comunidade. Pesquisa postal apontou que 66% dos secretários municipais de Saúde se ressentem da dificuldade de atrair ou fixar profissionais de saúde e afirmam que isso tem dificultado a consolidação da estratégia SF em seu município.

126. Recentemente, foi promulgada a Lei. 12.202, de 14 de janeiro de 2010, que alterou a Lei 10.260, de 12 de julho de 2001, acrescentando-lhe as seguintes disposições:

Art. 6º-B. O Fies poderá abater, na forma do regulamento, mensalmente, 1,00% (um inteiro por cento) do saldo devedor consolidado, incluídos os juros devidos no período e independentemente da data de contratação do financiamento, dos estudantes que exercerem as seguintes profissões:

I - professor em efetivo exercício na rede pública de educação básica com jornada de, no mínimo, 20 (vinte) horas semanais, graduado em licenciatura; e

II - médico integrante de equipe de saúde da família oficialmente cadastrada, com atuação em áreas e regiões com carência e dificuldade de retenção desse profissional, definidas como prioritárias pelo Ministério da Saúde, na forma do regulamento. (grifo nosso)

127. Desse modo, a vigência da referida lei vislumbra uma alternativa para atrair profissionais para áreas em que há essa dificuldade.

128. No que se refere especificamente à contratação de ACS, vale destacar alguns aspectos jurídicos negligenciados pelos gestores locais que administram e executam a estratégia SF. A esse respeito, a Constituição Federal dispõe o seguinte nos parágrafos 4º e 5º do artigo 198:

"§ 4º. Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º. Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias".

129. Diz, ainda, o art. 2º da Emenda Constitucional – EC nº 51/2006:

"Após a promulgação da presente Emenda Constitucional, os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser contratados diretamente pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, (...)".

130. A lei de que trata o §5º da CF/88 é a de nº 11.350, de 5 de outubro de

2006, que determina que o exercício das atividades de ACS dar-se-á exclusivamente no âmbito do SUS, na execução das atividades de responsabilidade dos entes federados, mediante vínculo direto entre os referidos agentes e órgão ou entidade da administração direta, autárquica ou fundacional. De acordo com a referida lei, os Agentes Comunitários de Saúde submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Também aduz a Lei que é vedada a contratação temporária ou terceirizada de ACS, salvo na hipótese de combate a surtos endêmicos, na forma da lei aplicável. Ou seja, são bem claras as disposições constitucionais e legais sobre o vínculo empregatício dos ACS.

131. Em relação aos demais profissionais da Saúde da Família, há que se destacar que esses, assim como os ACS, exercem uma função pública permanente, qual seja, a prestação continuada de serviços de saúde pública. Assim, não há que se falar em urgências ou em situações imprevistas, as quais dariam ensejo à contratação temporária permitida pela Constituição Federal em seu artigo 37, inciso IX ("a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público").

132. Os entes públicos, especialmente os municípios neste caso, devem estabelecer um vínculo empregatício sem prazo determinado com os profissionais de saúde. E, desde 2/8/2007, o referido vínculo é o estatutário. Isto porque o Supremo Tribunal Federal – STF deferiu o pedido de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 2.135/DF, a qual suspende a alteração dada à redação do caput do artigo 39 da CF/88 pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Tal decisão reestabeleceu, com efeitos ex nunc, ou seja, a partir da data da decisão, o regime jurídico único para todos os entes federados. Assim, toda a administração pública direta e indireta, (federal, estadual ou municipal) deve, na admissão de pessoal para o serviço público, estabelecer um vínculo estatutário, com servidores concursados para ocupação de cargos efetivos.

133. Essa exigência, porém, não é aplicada aos profissionais que foram contratados pelas regras da CLT, através de contratos sem prazo determinado, antes de 2/8/2007. Neste ponto, como os efeitos da decisão são ex nunc, foi assegurada a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos praticados entre a publicação da EC nº 19/98 e decisão cautelar na ADIn.

134. Quanto à contratação de profissionais para a Saúde da Família, o TCU já se manifestara antes da decisão do STF no Acórdão TCU nº 1.146/2003-P nos seguintes termos:

"9.6 determinar ao Ministério da Saúde, por intermédio da Secretaria de

Políticas de Saúde, que, na implementação do Programa Saúde da Família, nos diversos entes da Federação, qualquer que seja a nomenclatura do programa adotada no local, observe o seguinte:

9.6.1. somente podem ser consideradas como alternativas válidas para a contratação dos agentes comunitários de saúde e demais profissionais das Equipes de Saúde da Família, a contratação direta pelo município ou Distrito Federal, com a criação de cargos ou empregos públicos, ou a contratação indireta, mediante a celebração de contrato de gestão com Organização Social ou termo de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), nos termos da Lei 9.637/98 e da Lei 9.790/99".

135. Entende-se que tal decisão não mais se coaduna com as alterações jurisprudenciais ocorridas, uma vez que restam claros os seguintes entendimentos: os ACS devem ser contratados diretamente pelas regras da CLT (Lei n.º 11.350, de 2006) ou pelo regime estatutário (artigo 39 da CF/88), se assim definido pelo ente, sem prazo determinado; os demais profissionais devem ser admitidos pelo regime estatutário, ressalvados os contratos sem prazo determinado celebrados antes do deferimento da medida cautelar pelo STF.

136. Especificamente quanto à chamada terceirização da saúde, com a licitação e contratação de organizações do terceiro setor para a prestação dos serviços de SF, entende-se que tal conduta vai de encontro a um princípio basilar da PNAB: a longitudinalidade do cuidado, caracterizada "pela relação pessoal que se estabelece ao longo do tempo, independentemente do tipo de problemas de saúde ou mesmo da presença de problema de saúde, entre indivíduos e um profissional ou uma equipe de saúde" (Conass, 2007).

137. A longitudinalidade do cuidado (ou vínculo e responsabilização) pressupõe uma relação personalizada que se estabelece ao longo do tempo entre os profissionais das equipes de saúde e o paciente/família/comunidade. O cuidado deve se dar ao longo dos ciclos vitais da pessoa/família. Não deve ser apenas um tratamento de um problema imediato, mas deve haver um acompanhamento e uma abordagem integral (que inclui a promoção da saúde e a prevenção de problemas).

138. Para se alcançar este objetivo, faz-se necessária a manutenção de uma equipe de saúde minimamente estável, sem a contumaz rotatividade de pessoal, fator que compromete o alcance dos objetivos da política. Esta característica da atenção primária dificilmente será assegurada se, ao final do contrato de gestão com a Organização Social ou do termo de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (que sempre possuem prazos determinados de duração), houver mudança daqueles profissionais que atendem à população. Os vínculos de longo prazo tão importantes no cuidado da saúde não se formarão, prejudicando assim o alcance dos objetivos propostos.

139. Assim, sugerimos recomendar ao MS que doravante oriente os Estados, Distrito Federal e Municípios acerca dos normativos que regem a contratação direta de pessoal para atuar nas estratégias Saúde da Família, Saúde Bucal e Agentes Comunitários de Saúde exigindo a devida adequação ao art. 39 da CF/88 ou ao que dispõe a Lei nº 11.350, de 2006, guardadas as devidas situações de excepcionalidade abrigadas pela ADIn nº 2.135/DF, regulamentando inclusive sobre a suspensão dos incentivos financeiros na modalidade fundo a fundo aos gestores municipais que não adequarem a contratação da força de trabalho aos regramentos constitucionais e legais.

140. Com as eventuais melhorias, espera-se que haja aumento no interesse do profissional médico em atuar nas regiões com maiores demandas e na segurança do profissional de saúde, com a possibilidade de redução na precariedade nas relações trabalhistas entre a Administração Pública e os profissionais da envolvidos com as estratégias da atenção básica, melhorando a satisfação dos envolvidos com a produtividade e a qualidade do atendimento, além de possibilitar aumento na continuidade na relação profisssional de saúde/paciente, refletindo maiores impactos positivos na consecução dos objetivos da estratégia.

6.4. Carga horária prevista

141. É comum os profissionais de saúde, especialmente os médicos, não cumprirem a carga horária semanal de 40 horas prevista na PNAB. Esta constatação foi unanimidade (100%) entre as respostas captadas das SES na pesquisa realizada, além de ter sido identificado tal situação em vários municípios (Alexânia-GO,Itaguari GO, Nerópolis-GO, Trindade GO, Ilhéus-BA, Jiquiriçá-BA, Guaçuí-ES, Rio Doce-MG, Ubá-MG, Ibertioga-MG, Campo Grande--MS, Rio Brilhante-MS, Ivinhema-MS, Calumbi-PE, Flores-PE, Triunfo-PE, Teresina-PI, Picos-PI, Sussuapara-PI, Tibau-RN, Tibau do Sul-RN, Guaratinguetá-SP e Conchas-SP). Ressalte-se que este problema também foi identificado em outras auditorias realizadas pela CGU e Denasus.

142. Em Itaubal-AP foi constatado pela equipe de auditoria que alguns profissionais médicos possuem duplo vínculo de 40 horas semanais: um com o município (SF) e outro com o estado, para o mesmo horário de trabalho. Em Campo Grande-MS e Ivinhema-MS, foi relatado o descumprimento da jornada integral de trabalho por parte de membros de ESF em face da existência de mais de uma equipe de Saúde da Família e Saúde Bucal, além de profissionais da atenção básica tradicional, instalados na mesma Unidade Básica Saúde. Esta reunião de servidores no mesmo estabelecimento deu origem, segundo equipe que esteve em campo, ao revezamento de horários entre os membros da SF e os funcionários do centro de saúde.

143. Nos vários municípios visitados, foi identificado claramente o des-

cumprimento da jornada de trabalho por meio de entrevistas com os próprios profissionais de saúde, com os agentes comunitários e até com os usuários.

144. Podem ser citadas várias causas para esse problema tais como: a insatisfação com a remuneração percebida, a deficiência na infraestrutura física de trabalho, a falta de comprometimento dos profissionais com o serviço a que voluntariamente aderiram, a conivência dos gestores das SMS com o não cumprimento da carga horária prevista e o controle deficiente do horário de trabalho dos membros das equipes.

145. Além da consequência lógica de haver queda na quantidade e qualidade dos atendimentos à população, os dados colhidos por meio dos questionários respondidos pelas SMS apontam que 35% dos gestores entendem que o descumprimento de horário por parte dos profissionais de saúde tem dificultado a consolidação da estratégia Saúde da Família em seu município.

146. Algumas soluções podem ser encontradas entre as boas práticas identificadas. Em Arapiraca-AL, foi visitada uma UBS que funciona 24 horas por dia, com atendimentos especializados. Em Itabaiana-SE, existem UBS que funcionam em esquema de plantão nos finais de semana e feriados. Por iniciativa do governo de Caxias do Sul-RS, implantou-se uma gratificação adicional aos servidores da ESF (Projeto PraVIDACaxias), na tentativa de minimizar os efeitos danosos da rotatividade de profissionais e do descumprimento da carga horária prevista. Outra iniciativa interessante partiu da própria PNAB e consiste no estabelecimento de valores diferenciados para equipes localizadas em municípios pequenos e de baixo Índice de Desenvolvimento Humano – IDH (ESF "modalidade 1" recebe R$ 9.000,00 por equipe habilitada e "modalidade 2", R$ 6.000,00).

147. É consenso entre os profissionais envolvidos na construção da PNAB que os membros da SF, especialmente os médicos, não cumprem a carga horária e o porquê de não a cumprirem é um questionamento cuja resposta envolve a necessidade de entender o modelo de atenção à saúde voltada para o hospital, em que o médico não precisa criar vínculos com o paciente, pode trabalhar em vários lugares, dando plantões, e a remuneração é geralmente melhor em razão dos vários empregos que possui. A Saúde da Família é um modelo que exige dedicação quase integral, envolvimento do profissional médico com seus pacientes e com a efetiva resolubilidade dos problemas de saúde da comunidade. Para isto, seria necessário haver condições de infraestrutura minimamente adequada para que o profissional pudesse desenvolver suas atividades, um salário justo, uma carreira em que houvesse perspectiva de progressão e, mais importante, capacitação continuada para possibilitar a constante atualização do profissional, dando a ele o status e visibilidade que outras especializações oferecem.

148. Contudo, é comum as ESF funcionarem de forma precária, sem instalações físicas adequadas, sem equipamentos, materiais básicos e até medicamentos, dificultando ainda mais o trabalho dos profissionais, que já não é tarefa fácil por não possuírem as condições adequadas citadas no parágrafo anterior.

149. Aliado ao problema do descumprimento da carga horária cabe relembrar a dificuldade de fixação dos profissionais, relatada no item 6.3. Ambas as constatações apresentam algumas causas em comum. Tanto é que há relatos de que, quando o gestor exige do profissional médico o cumprimento integral da carga horária, não é raro que esses profissionais voluntariamente se desvinculem da estratégia. Sabe-se, ainda, que as causas de descumprimento de horário e evasão de profissionais não são as mesmas em todo o território nacional. Enquanto em determinado município a causa pode ser a distância de grandes centros urbanos, em outro pode ser a baixa remuneração ou más condições de trabalho. Assim, como forma de tentar reduzir o impacto nocivo da falta de profissionais de saúde, vislumbra-se a possibilidade de se estabelecer contratos com horários diferenciados nos locais onde esses problemas se mostrem críticos. Por exemplo, naqueles locais em que não haja possibilidade de oferecer remuneração compatível com o mercado local, a contratação de profissional para se dedicar menos de 40 horas semanais mostra-se como alternativa.

150. Recomenda-se, pois, ao Ministério da Saúde que avalie a possibilidade de prever a existência de contratos com horários diferenciados, a serem adotados nos locais onde o problema de evasão de profissionais e de descumprimento de horário esteja comprometendo o funcionamento da estratégia SF.

6.5. Processo de capacitação dos profissionais da Saúde da Família

151. Por fim, foram identificadas deficiências no processo de capacitação continuada dos profissionais da SF.

152. A Lei nº 11.350, de 2006, dispõe em seu artigo 6º sobre a obrigatoriedade de curso introdutório de formação inicial e continuada para os ACS. Tais profissionais não têm como exigência um curso técnico na área de saúde para sua admissão, só lhes é exigido o ensino médio. Portanto, torna-se imprescindível o treinamento inicial desses profissionais antes de efetivamente desempenharem suas funções.

153. A PNAB afirma que o processo de capacitação deve iniciar-se concomitantemente ao início do trabalho das ESF por meio do curso introdutório para toda a equipe. Para tanto, a política recomenda que:

"o Curso Introdutório seja realizado em até três meses após a implantação da ESF; a responsabilidade da realização do curso introdutório e/ou dos cur-

sos para educação permanente das equipes, em municípios com população inferior a 100 mil habitantes, seja da Secretaria de Estado da Saúde em parceria com a Secretaria Municipal de Saúde; e a responsabilidade da realização do curso introdutório e/ou dos cursos para educação permanente das equipes, em municípios com população superior a 100 mil habitantes, é da Secretaria Municipal de Saúde, que poderá realizar parceria com a Secretaria de Estado da Saúde. No Distrito Federal, a sua Secretaria de Saúde é responsável pela realização do curso introdutório e/ou dos cursos para educação permanente das equipes".

154. Todavia, não foi esta a realidade observada em diversas localidades visitadas. Foram relatadas falhas no processo de capacitação em Macapá-AP, Mazagão-AP, Itaubal-AP, Ilhéus-BA, Jiquiriçá-BA, Salinas de Margarida-BA, Rio Brilhante-MS, Ivinhema-MS, Bujaru-PA, Calumbi-PE, Triunfo-PE, Mendes-RJ, Vassouras-RJ, Tibau-RN, Tibau do Sul- RN, Iracema-RR, Alto Alegre-RR, Boa Vista-RR, Itabaiana-SE, Neópolis-SE, Estância-SE, Guaratinguetá-SP, Tremembé-SP e Conchas-SP. Constatou-se, nesses municípios, ausência do planejamento (projeto de educação permanente) voltado para qualificação dos profissionais, situação já identificada pelo Denasus em seus trabalhos. Dos questionários respondidos, 33% dos gestores municipais acham que o treinamento deficiente tem dificultado a consolidação da SF em seu município.

155. As principais causas levantadas pelas equipes de auditoria resumem-se na falta de preocupação dos gestores das SMS com a capacitação dos profissionais envolvidos, na insuficiência de recursos financeiros e no deficiente apoio das Secretarias Estaduais de Saúde e do Ministério da Saúde. A pesquisa realizada mostrou que 53% (cinquenta e três) dos municípios questionados consideram o apoio recebido da SES como regular, ruim ou péssimo para o desenvolvimento da estratégia SF. O mesmo pode-se dizer de 48% (quarenta e oito) dos mesmos gestores em relação ao apoio recebido do MS.

156. Problemas com a educação continuada geram má qualidade dos serviços oferecidos à população, com impactos na resolubilidade da SF e reflexos diretos no comportamento dos indicadores de saúde do município. Pesquisa mostrou que 13 dos 14 gestores estaduais que responderam ao questionário apontam a baixa resolubilidade dos serviços prestados pela SF como um dos grandes problemas na consolidação desse modelo de atenção à saúde.

157. Foram encontradas boas práticas nos municípios de Linhares-ES, Guaçuí-ES e Alfredo Chaves-ES, onde a maioria dos profissionais de nível superior está participando de pós-graduação em atenção básica promovida pela SES. Também o MS possui iniciativas que merecem destaque. Uma delas foi o recente lançamento, em parceria com o Ministério da Educação –

MEC (Portaria Interministerial GM/MEC/MS nº 1.001, de 22 de outubro de 2009), do Programa Nacional de Apoio à Formação de Médicos Especialistas em Áreas Estratégicas – PRÓ-RESIDÊNCIA, que tem como objetivo favorecer a formação de especialistas na modalidade residência médica em especialidades e regiões prioritárias, definidas, em edital próprio, observadas as demandas locais e regionais apresentadas pelos gestores do SUS. Dentre as residências fomentadas, inclui-se a residência em medicina de família e comunidade.

158. Outra boa prática do MS a destacar, refere-se à criação da Universidade Aberta do SUS – UNA-SUS, uma rede de intercâmbio de experiências, cooperação para desenvolvimento e implementação de ações educacionais mediadas por tecnologias interativas, compartilhamento de recursos educacionais, apoio presencial ao processo de aprendizagem em serviço e bolsas de educação pelo trabalho em saúde. Essa rede tem como meta inicial oferecer especialização para mais de 57 mil profissionais das Equipes de Saúde da Família. Nessa direção, o MS firmou convênios com seis universidades públicas para um projeto piloto que prevê a oferta de 5.500 vagas de especialização em Saúde da Família no próximo biênio. O formato desses cursos e a distribuição nacional dessas vagas serão definidos por pactuação tripartite, garantindo sua adequação às necessidades de saúde de cada local.

Atividades de promoção de saúde

159. Foram observados, nos estudos de caso realizados, deficiências na realização das ações educativas de promoção da saúde. Esta constatação indica falha na integralidade das ações de saúde desenvolvidas pela estratégia SF.

160. Um dos fundamentos da Atenção Básica é efetivar, por meio da estratégia SF, a integralidade das ações em saúde em vários aspectos, a saber: integração de ações programáticas e demanda espontânea; articulação das ações de promoção à saúde, prevenção de agravos, vigilância à saúde, tratamento e reabilitação; trabalho de forma interdisciplinar e em equipe; e coordenação do cuidado na rede de serviços (Portaria GM/MS nº 648, de 2006).

161. Entende-se como promoção da saúde o processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria da saúde e qualidade de vida. O objetivo é produzir a gestão compartilhada entre usuários, movimentos sociais, trabalhadores do setor sanitário e de outros setores, produzindo autonomia e corresponsabilidade, bem como promovendo a informação e a educação em saúde com ênfase na promoção de atividade física, de hábitos saudáveis de alimentação e de vida, controle do tabagismo, controle do uso abusivo de bebida alcoólica e cuidados especiais voltados ao processo de envelhecimento, conforme preconizado na PNAB.

162. Esse processo deve-se operacionalizar por meio de atividades previamente planejadas e voltadas para grupos de risco, a serem realizadas pelas ESF, tais como reuniões com a comunidade, palestras, oficinas, grupos de apoio com fim de orientar a população sobre cuidados necessários a evitar agravos à saúde.

163. São características do processo de trabalho da Saúde da Família a postura pró-ativa frente ao processo saúde-doença da população, o diagnóstico precoce, a programação e a implementação de atividades segundo critérios de risco à saúde, priorizando a solução dos problemas mais frequentes, bem como a promoção e o desenvolvimento de ações intersetoriais, com parcerias integradas a projetos sociais e setores afins, voltadas para a promoção da saúde.

164. Entretanto, apesar da importância atribuída pela PNAB às ações programáticas de promoção à saúde e prevenção de agravos, as informações coletadas nas entrevistas com usuários e profissionais membros das equipes demonstraram que essas atividades não estão sendo realizadas regularmente em metade dos municípios visitados (Ilhéus-BA, Jiquiriçá-BA, Salinas de Margarida-BA, Guaçuí-ES, Campo Grande-MS, Rio Brilhante-MS, Ivinhema-MS, Caxias do Sul-RS, Igrejinha-RS, Paverama-RS, Iracema-RR, Alto Alegre-RR, Boa Vista-RR, Campina Grande-PB, Arara-PB, Mossoró-RN, Tibau do Sul-RN, Tibau-RN, Itabaiana-SE, Neópolis-SE e Sapé-PB). Constatou-se também que tais ações são realizadas de forma esporádica em algumas localidades.

165. Percebeu-se em vários municípios a ausência de cronogramas para as atividades educativas voltadas para a população (Ilhéus-BA, Jiquiriçá-BA, Linhares-ES, Campo Grande-MS, Rio Brilhante-MS, Ivinhema-MS, Iracema-RR, Alto Alegre-RR, Boa Vista-RR, Tibau-RN, Itabaiana-SE, Neópolis-SE, Estância-SE, Macapá-AP, Mazagão-AP e Itaubal-AP), bem como a ausência de cronograma para a realização de visitas domiciliares (Ilhéus-BA, Macapá-AP, Mazagão-AP e Itaubal-AP).

166. De acordo com entrevistas, constatou-se, também, que a grande demanda espontânea por serviços odontológicos interfere na realização de ações de promoção e prevenção relacionadas com a saúde bucal, uma vez que sobra pouco tempo aos profissionais para atuarem na orientação da comunidade sobre práticas preventivas e cuidados com a saúde bucal (Flores-PE e Nerópolis-GO).

167. A falta de planejamento municipal das ações a serem desenvolvidas pelas ESF também é uma das causas para essa falha. A ausência de um adequado planejamento das atividades de promoção e prevenção baseado no diagnóstico municipal de saúde, que priorize a solução dos problemas de saú-

de mais frequentes, diminui a efetividade desse tipo de ação. A inércia da gestão municipal e de algumas equipes, bem como a falta de apoio às equipes pela coordenação municipal também levam a deficiências no desenvolvimento das ações de promoção e prevenção.

168. A insuficiência de recursos financeiros, a inexistência de espaço físico adequado para a realização das ações educativas nas unidades básicas de saúde e a carência de materiais para realização dessas atividades também são apontadas como causas, uma vez que as equipes necessitam de meios adequados para operacionalizar tais ações.

169. Os dados obtidos por meio de observação direta e entrevistas realizadas com os profissionais de saúde, em especial com enfermeiros, médicos e odontólogos das USF, revelaram haver muitas dificuldades de agendamento para as atividades coletivas de educação, orientação e prevenção, inclusive saúde bucal, com grupos de referência, especialmente em razão da falta de espaços físicos adequados, tais como salas de reuniões. Por conseguinte, há pouca participação dos usuários nas eventuais ações coletivas realizadas. As orientações a usuários são geralmente feitas nas filas de espera para consultas, nos centros comunitários ou até em espaços abertos, onde os usuários ficam expostos ao sol.

170. Muitas vezes, a elevada demanda espontânea também impossibilita a realização de ações programáticas. Vale ressaltar que essa alta demanda espontânea é decorrência, na maioria dos casos, da baixa cobertura populacional da estratégia (gerando grande procura pelos serviços oferecidos pela SF), do descumprimento da carga horária dos profissionais (que oferecem período de atendimento reduzido à população) e, especialmente, da falta de planejamento.

171. O fato de profissionais membros das equipes das estratégias Saúde da Família acumularem suas funções com outras funções designadas pelos gestores municipais (atendimento em Pronto Socorro) também contribui para agravar a situação encontrada, segundo relatado nas entrevistas. Além disso, em Flores-PE e Nerópolis-GO, as equipes reclamaram sobre a existência de muita pressão dos gestores para que o atendimento odontológico fique restrito ao consultório.

172. A respeito dos efeitos decorrentes das falhas apresentadas no desenvolvimento das atividades de promoção de saúde, pode-se citar a continuação do modelo tradicional de assistência, com a prática do atendimento exclusivo da demanda espontânea. As ações de promoção da saúde são um importante recurso para levar informações à população acerca da situação de saúde local e orientá-la sobre as diversas maneiras de se prevenir e controlar certos tipos de patologias. A não realização ou realização deficiente

destas ações prejudicam a filosofia do programa e reduzem a capacidade de resposta no processo de trabalho das equipes, refletindo negativamente nos indicadores de saúde do município. Pouco adiantará fazer uso de medicamentos para diabetes mellitus, por exemplo, se o paciente não for orientado a fazer atividade física e controlar a alimentação, será mais um caso para internação nas emergências do país.

173. Durante os trabalhos em campo, as equipes de auditoria perceberam que tanto gestores como profissionais de saúde entendem pouco sobre a filosofia da estratégia SF, o que prejudica a mudança do modelo de atenção à saúde no município. Muitos profissionais estão acostumados a trabalhar no modelo tradicional de assistência e não estão atentos aos princípios da estratégia SF.

174. Vale ressaltar também que a pouca compreensão acerca da filosofia da estratégia SF pelos usuários foi constatada nos estudos de caso de vários dos municípios visitados (Caxias do Sul-RS, Igrejinha-RS, Paverama-RS, Mossoró-RN, Tibau do Sul-RN, Tibau-RN, Ilhéus-BA, Jiquiriçá-BA, Salinas de Margarida-BA, Teresina-PI, Picos-PI, Sussuapara-PI, Iracema-RR, Alto Alegre-RR, Boa Vista-RR e Sapé-PB). A continuação do modelo tradicional da saúde, além de contrariar os princípios da estratégia Saúde da Família, pouco contribui para entendimento da população sobre importância da prevenção dos agravos à saúde. Reuniões, palestras e encontros com a comunidade são necessários para se consolidar a estratégia SF como principal e mais próximo meio de orientação disponível à comunidade sobre cuidados com a saúde, a fim de prevenir os problemas mais prevalentes. A falta ou deficiência na capacitação das ESF pode ser apontada como principal causa para a dificuldade de planejamento e realização dessas atividades.

175. Não obstante às falhas encontradas, foram observadas também boas práticas no desenvolvimento de ações de promoção de saúde. No município de Caxias do Sul-RS, há vinculação do atendimento odontológico no consultório à participação do usuário em palestra – "Atividade Coletiva Educativa em Odontologia". A existência de uma cartilha educativa sobre Saúde da Família e de uma coordenação específica para a estratégia SF pode ser elencada como boas práticas. O trabalho da equipe de saúde bucal nas escolas, em Paverama-RS, e o incentivo à participação dos usuários nas atividades educativas (premiações, lanches, confraternização em datas comemorativas), encontrado em Itaguari-GO, Nerópolis-GO e Trindade-GO, também são exemplos de boas práticas.

176. Tendo em vista as falhas no desenvolvimento de atividades de promoção de saúde nos municípios, foram feitas diversas determinações e recomendações diretamente aos gestores locais visitados nos relatórios das Secex's

regionais deste Tribunal que participaram da presente auditoria.

177. Espera-se que, com as proposta de determinações e recomendações feitas diretamente aos gestores locais, haja melhoria no desenvolvimento das ações de promoção da saúde de responsabilidade das ESF, ocorrendo, assim, a integralidade do cuidado, o aumento do conhecimento da população sobre essas atividades, e, como consequência dessas melhorias, uma diminuição da demanda espontânea por causas evitáveis.

Acompanhamento e avaliação das ações e dos resultados da Saúde da Família

178. Observaram-se, nas visitas de estudos de caso, falhas no acompanhamento e na avaliação das ações e resultados do trabalho desenvolvido pelas ESF. Tais falhas envolvem o acompanhamento dos indicadores de monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde.

179. Um dos fundamentos da Atenção Básica consiste na realização de avaliação e acompanhamento sistemático dos resultados alcançados, como parte do processo de planejamento e programação.

180. Nesse contexto, compete às SMS elaborar metodologias e instrumentos de monitoramento e avaliação da Atenção Básica na esfera municipal; firmar, monitorar e avaliar os indicadores do Pacto no seu território; acompanhar e avaliar o trabalho da Atenção Básica com ou sem Saúde da Família, divulgando as informações e os resultados alcançados (Portaria GM/MS nº 648, de 2006).

181. As características, os objetivos, as metas e os mecanismos de acompanhamento da estratégia Saúde da Família devem ser definidos no PMS. Nele devem estar incluídos a proposta de implantação ou expansão de ESF, ESB e ACS nos municípios, o processo de gerenciamento, supervisão e avaliação dos trabalhos das equipes, bem como a forma de acompanhamento do Pacto dos Indicadores e de utilização dos dados dos sistemas nacionais de informação.

182. As SES têm o papel de apoiar e auxiliar os municípios no processo de avaliação e acompanhamento dos indicadores de saúde, seja assessorando na implantação dos sistemas de informação da Atenção Básica, seja promovendo ações de capacitação voltadas para os profissionais da ESF. Compete às SES acompanhar, monitorar e avaliar o desenvolvimento da estratégia SF nos municípios, identificando situações em desacordo com a regulamentação, garantindo suporte às adequações necessárias e divulgando os resultados alcançados.

183. A Portaria GM/MS nº 91, de 2007, que regulamenta a unificação dos indicadores no âmbito do Pacto pela Saúde, dispõe que compete à SMS propor as metas a serem alcançadas e à SES o acompanhamento do comportamento dos indicadores pactuados por cada município. Outra regra imposta

no âmbito da pactuação é que tanto as metas estaduais quanto as municipais devem ser pactuadas na CIB, bem como aprovadas nos respectivos Conselhos de Saúde. Cabe esclarecer que a recente Portaria GM/MS nº 2.669, de 3 de novembro de 2009, que estabeleceu as regras para o processo de pactuação do biênio 2010-2011, não obriga que as metas dos indicadores do Pacto pela Saúde devam ser aprovadas nos Conselhos de Saúde.

184. Apesar de a Política Nacional de Atenção Básica determinar a avaliação e o acompanhamento do desenvolvimento das atividades das equipes, os relatos provenientes das entrevistas aos profissionais membros das ESF e gestores apontaram deficiências no processo de acompanhamento, monitoramento e avaliação tanto do trabalho das equipes (Jiquiriçá-BA, Salinas de Margarida-BA, Linhares-ES, Calumbi-PE, Teresina-PI, Picos-PI, Sussuapara-PI, Foz do Iguaçu-PR, Quitandinha-PR, Tibau-RN, Campina Grande-PB, Sapé-PB, Arara-PB, Ubá-MG, Ibertioga-MG e Rio Doce-MG), como dos resultados dos indicadores de monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde (Mazagão-AP, Itaubal-AP, Salinas de Margarida-BA, Teresina-PI, Picos-PI, Sussuapara-PI, Campina Grande-PB, Sapé-PB, Arara-PB, Itaguari-GO, Nerópolis-GO, Trindade-GO e Bujaru-PA).

185. No que se refere ao acompanhamento, monitoramento e avaliação do trabalho das equipes, as deficiências detectadas passam pela ausência de planejamento no estabelecimento de metas para as atividades a serem desenvolvidas pelas equipes, tais como metas para visitas domiciliares, consultas destinadas à demanda espontânea, ações programáticas de promoção da saúde (reuniões, palestras, oficinas) e de prevenção de agravos. Normalmente não existe um planejamento mínimo das atividades que as equipes precisam desenvolver para alcançar os objetivos estabelecidos pelo município, muito menos os parâmetros necessários para averiguar se houve cumprimento das metas, se o município alcançou o objetivo ou se conseguiu reduzir os agravos dos problemas de saúde mais prevalentes de acordo com o diagnóstico do PMS. Além disso, constatou-se ausência de estrutura adequada para a atuação da coordenação de Atenção Básica e a falta de uma interação entre o gestor municipal, a coordenação municipal e as equipes. Não foram identificados mecanismos que possibilitassem aferir com alguma precisão o impacto das ações das equipes nas comunidades.

186. Nem as ESF e nem os gestores locais costumam utilizar-se de relatórios periódicos (do SIAB) para auxiliar na tomada de decisão. As equipes argumentam que há sobrecarga de trabalho, desconhecimento das práticas de monitoramento, o trabalho burocrático não é informatizado, além de haver um grande descontentamento com a infraestrutura física disponível para o trabalho, fator que afeta diretamente o estímulo dos trabalhadores. Tais falhas

tendem a prejudicar substancialmente a efetividade da estratégia. Na maioria dos municípios visitados, o processo de monitoramento e avaliação, tanto das atividades desenvolvidas quanto dos resultados dos indicadores, é irregular e materialmente desestruturado.

187. Constataram-se situações em que até havia certo grau de acompanhamento do trabalho das equipes, mas os resultados desse acompanhamento não são periodicamente informados aos membros da SF, ficando a equipe sem conhecimento do atendimento das metas, como também a respeito do que será necessário se fazer para alcançá-las (Teresina-PI, Picos-PI e Sussuapara-PI, Iracema-RR, Alto Alegre-RR e Boa Vista-RR).

188. Já no que se refere ao acompanhamento e avaliação dos indicadores de monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde, processo indispensável para se verificar quais os impactos que o trabalho das equipes tem sobre a evolução da saúde da comunidade, constatou-se que muitos dos profissionais desconhecem a existência dessa medida de avaliação. Alguns gestores desconhecem a metodologia de cálculo, embora o município tenha firmado termo de compromisso com a esfera estadual e federal e suas metas estejam publicadas no aplicativo Sispacto (sistema desenvolvido pelo MS para informar as metas daqueles indicadores pactuados no âmbito do Pacto pela Saúde de todos os municípios). Entrevistas revelaram que alguns dos municípios visitados somente calculam os indicadores pactuados para seu município no fim do ano, com ajuda da SES, e ainda o fazem porque precisam renovar o termo de compromisso.

189. Além do trabalho realizado em campo, foi feita uma análise das metas propostas por todos os municípios para os indicadores do Pacto pela Saúde (2008/2009) em contraponto com resultados desses mesmos indicadores calculados pelo MS para o ano de 2007. Ambos os dados foram fornecidos pelo próprio Ministério da Saúde, entretanto os dados constam nas bases de dados do Datasus, devendo apenas que o interessado pesquise na matriz de indicadores de saúde, disponível no site do Datasus, a metodologia de cálculo para efetuá-lo.

190. A análise concentrou-se em três dos indicadores de monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde, específicos da atenção básica, quais sejam: proporção de nascidos vivos de mães com quatro ou mais consultas de pré-natal, média anual de consultas médicas por habitante nas especialidades básicas e cobertura de primeira consulta odontológica programática. Os resultados encontrados a partir dos dados informados no Sispacto estão a seguir expostos.

191. Dos 1.946 municípios que pactuaram o indicador proporção de nascidos vivos de mães com quatro ou mais consultas de pré-natal (não pactuando o indicador referente a sete ou mais consultas de pré-natal), 641 municípios

(32,94%) pactuaram metas piores que seus últimos resultados. 483 (24,82%) obtiveram resultado em 2007 maior que 90%, porém não pactuaram o indicador proporção de nascidos vivos de mães com sete ou mais consultas de pré-natal, conforme dispõe a Portaria GM/MS nº 325, de 21 de fevereiro de 2008 (aquele município que obtiver o resultado do indicador proporção de nascidos vivos de mães com quatro ou mais consultas de pré-natal maior que 90% deve pactuar, para o ano seguinte, o indicador proporção de nascidos vivos de mães com sete ou mais consultas de pré-natal).

192. O indicador médio anual de consultas médicas por habitante nas especialidades básicas foi pactuado (em 2008/2009) por 5.549 municípios. Desses, 2.955 (53,25%) pactuaram metas piores que seus últimos resultados – calculados pelo MS e referentes ao ano de 2007. Identificaram-se, também, diversos erros de informações de alguns municípios ao estabelecerem suas metas. Alguns estabelecem como meta do referido indicador um determinado número absoluto de consultas médicas, desconsiderando a metodologia de cálculo do indicador conforme estabelecem os normativos (número de consultas médicas nas especialidades básicas em determinado local e período dividido pela população total no mesmo local e período). O dado absoluto é declarado no aplicativo Sispacto, gerando distorções nas informações do banco de dados e divergindo dos resultados encontrados pelo MS.

193. Dos 5.545 municípios que pactuaram o indicador cobertura da primeira consulta odontológica programática, 1.721 (31,04%) pactuaram para os anos de 2008/2009 metas piores que os resultados de 2007 e 3.457 (62%) não atingiram a meta estabelecida para o exercício de 2007. Foi observada, também, a presença de metas municipais destoantes, ocasionadas provavelmente por erros de digitação quando do registro da meta, pelo município, no aplicativo Sispacto.

194. Pesquisa realizada pela equipe de auditoria identificou que 52,4% das SMS consideram o apoio recebido pela SES regular, ruim ou péssimo e 46,8% afirmam o mesmo em relação ao apoio recebido pelo MS. A percepção dos municípios em relação ao apoio recebido pelas outras esferas de governo pode ser indício de que a União e, principalmente, o estado não tenham cumprindo com as responsabilidades definidas na Política Nacional de Atenção Básica adequadamente. As conclusões relativas à pesquisa são estatísticas e podem esclarecer a dificuldade que os municípios têm de entender as metodologias acerca dos indicadores pactuados. É possível que as informações não estejam chegando ao gestor local de forma clara, justificando as deficiências encontradas no processo de acompanhamento e avaliação das ações e dos resultados da Atenção Básica.

195. Dessa forma, a falta de adequado apoio técnico e de cursos de capa-

citação mais frequentes oferecidos tanto pelo MS como pelas SES pode ser apontada como causa da dificuldade de adequação do monitoramento ao que estabelece os normativos. Muitos municípios carecem de recursos humanos capacitados a realizar a adequada supervisão da SF. Assim, o auxílio dos outros entes federados é imprescindível no processo de se buscar medir o impacto que a estratégia SF vem exercendo sobre as comunidades.

196. Identificou-se também, no âmbito do Sispacto, erros na alimentação das informações e divergências entre o resultado dos indicadores calculados pelo MS e os mesmos resultados calculados pelos municípios. Algumas situações parecem erros grotescos de digitação, outras tratam de divergências entre os cálculos feitos por esferas de governo diferentes. Para esse problema muitas são as justificativas, que vão desde o desconhecimento da metodologia de cálculo, pelos profissionais municipais, até a discordância do valor que servirá de denominador no cálculo do indicador (exemplo: população municipal). O MS sempre utiliza das estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, porém alguns municípios consideram tais informações não condizentes com a realidade local e utilizam de outros valores calculados pelo próprio município.

197. Os problemas apontados no parágrafo acima poderiam ser minimizados se houvesse um mecanismo eletrônico de se filtrar os dados referentes às metas, para identificar aqueles entes que não estão se empenhando em estabelecer metas regionais que contribuam para o alcance das metas nacionais. Com a implantação de mecanismos de críticas eletrônicos, poder-se-ia detectar erros patentes, além de realimentar o processo de aprendizagem daqueles atores envolvidos na apuração dos indicadores de desempenho.

198. Apesar de o MS calcular periodicamente os indicadores de saúde da atenção básica, a partir da base de dados nacional, percebeu-se que essas informações não são repassadas aos municípios. Entende-se que, ao repassar tais informações aos outros entes da federação, o MS deixaria evidentes as diferenças dos cálculos, possibilitaria aos municípios a chance de detectar erros e corrigi-los, reduziria a possibilidade de outros erros, além de oferecer subsídios para que a gestão municipal reavalie seu processo de trabalho, a fim de que possa buscar parcerias voltadas para capacitação dos profissionais municipais em monitoramento e avaliação de indicadores locais.

199. Além disso, considerando o papel exercido pelos Conselhos de Saúde e Comissões Intergestores Bipartite na aprovação da pactuação das metas municipais, outra possível contribuição para a existência de erros nos indicadores municipais do Pacto consiste na análise pouco criteriosa dessas instâncias antes da aprovação das metas, o que pode ser consequência da falta de conhecimento técnico a respeito dos indicadores.

200. Em decorrência de todas as falhas apontadas, as metas e os resultados informados dos indicadores podem não refletir a realidade da saúde municipal, prejudicando a confiabilidade dos bancos de dados nacionais.

201. Apesar das críticas expostas, foram observadas, nos estudos de caso, boas práticas no acompanhamento e avaliação das ações e resultados da Atenção Básica. A existência de supervisores para acompanhar o desenvolvimento do trabalho das equipes no âmbito das UBS (Teresina-PI) – sendo cada supervisor responsável por dez equipes –, a presença de controles informatizados (Teresina-PI e Picos-PI), a implantação do projeto Avaliação para Melhoria da Qualidade da Estratégia Saúde da Família – AMQ (municípios do Espírito Santo e Caxias do Sul-RS) e a presença de uma ouvidoria (Caxias do Sul-RS) foram exemplos de boas práticas encontradas nos estudos de caso.

202. Nesse contexto, é importante lembrar a existência de dois instrumentos que podem auxiliar na organização institucional que irá realizar o acompanhamento e a avaliação das ações e dos resultados da SF, disponibilizados pelo Ministério da Saúde: Avaliação para Melhoria da Qualidade da Estratégia Saúde da Família – AMQ e Programação para Gestão por Resultados na Atenção Básica – ProGRAB.

203. Diante do exposto, cabe relembrar que várias propostas de recomendações/determinações foram feitas diretamente aos gestores locais, no âmbito dos relatórios das equipes das Secex's regionais. Sem prejuízo dessas propostas, entendeu-se pertinente propor recomendação ao MS a inclusão de tópicos relacionados a controle, avaliação e monitoramento, bem como a respeito da metodologia de cálculo, dos indicadores de monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde no conteúdo dos cursos de capacitação a serem ministrados às coordenações municipais e estaduais da Atenção Básica e às Equipes de Saúde da Família.

204. Adicionalmente, recomenda-se ao MS para que promova incentivos à implantação e a utilização do software ProGRAB (Programação para Gestão por Resultados na Atenção Básica) e do projeto AMQ (Avaliação para Melhoria da Qualidade da Estratégia Saúde da Família) pelos municípios, avaliando a conveniência e a oportunidade de designar um grupo local para treinamento dessa atividade, que pode ser um importante instrumento de auxílio no acompanhamento e avaliação das ações e resultados da Atenção Básica. Além disso, serão propostas recomendações a fim de minimizar a existência de erros nas metas e resultados declarados pelos municípios no Sispacto, como a divulgação de resultados de indicadores municipais pelo Ministério da Saúde e o desenvolvimento e a implementação de mecanismos de críticas dos dados municipais apresentados.

205. Melhorias no planejamento das ações a serem desenvolvidas no âm-

bito da Atenção Básica, bem como na supervisão e avaliação dessas ações, e a utilização dos indicadores de monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde como instrumentos de acompanhamento, monitoramento e avaliação da Atenção Básica são os benefícios esperados com as aludidas propostas.

Uma contribuição para a mensuração do impacto da expansão da Saúde da Família nas internações hospitalares por condições sensíveis à Atenção Básica

206. O Plano Plurianual – PPA 2008-2011 definiu quatro indicadores bases para monitorar o desempenho da expansão da estratégia SF. O principal deles é a Taxa de População Coberta por ESF, dada pela relação percentual entre a população cadastrada no SIAB, em determinado local, e a população total no mesmo local. Para o ano de 2011, foi estabelecida a meta de 70% (setenta por cento) de cobertura da população.

207. Complementarmente, no âmbito do Pacto pela Saúde, o Ministério da Saúde em conjunto com Estados, DF e municípios pactuaram a unificação dos indicadores considerados aptos a medir o desempenho do serviço e a situação de saúde da população brasileira. A cada ano o MS publica normativo específico para regulamentar os indicadores que serão usados no exercício subsequente.

208. No âmbito do pacto pela saúde, foram estabelecidos indicadores que medem o comportamento da atividade das estratégias Saúde da Família, Saúde Bucal e Agente Comunitário de Saúde, normalmente chamados de indicadores de produtividade. São eles:

a. razão entre exames preventivos do câncer do colo do útero e a população de mulheres entre 25 a 59 anos;

b. média anual de consultas médicas por habitante nas especialidades básicas;

c. cobertura da primeira consulta odontológica programática;

d. média anual da ação coletiva escovação dental supervisionada;

e. proporção da população cadastrada pela Estratégia Saúde da Família;

f. média mensal de visitas domiciliares por família realizadas por ACS.

209. Há outros que podem medir o resultado das ações desenvolvidas na Atenção Básica, chamados indicadores de resultados, a exemplo da:

a. taxa de internações por Doença Diarreica aguda (DDA) em menores de cinco anos de idade;

b. taxa de internações por Acidente Vascular Cerebral (AVC) na população de 40 anos e mais;

c. taxa de internações por Insuficiência Cardíaca Congestiva (ICC) na população de 40 anos e mais;

d. taxa de internação por Diabetes Mellitus (DM) e suas complicações na população de 30 anos e mais, entre outros.

210. Os indicadores de resultado também são chamados de indicadores de atividades hospitalares sensíveis às atividades desenvolvidas na atenção primária. Internações sensíveis à Atenção Básica são consideradas hospitalizações evitáveis na medida em que o efetivo cuidado nos estágios iniciais das patologias reduz significativamente a evolução para hospitalização. Internações potencialmente evitáveis têm estreita relação com as características dos sistemas de saúde, especificamente com a política de atenção primária e servem, normalmente, para identificar problemas de acesso e de qualidade da atenção básica, para avaliar as políticas dos sistemas de saúde e para monitorar o desempenho da atenção básica (Egry e Rehem, 2008).

211. No contexto internacional, os indicadores de atividade hospitalar têm sido usados como medida de efetividade da atenção primária em saúde. É esperado que as atividades preventivas, o diagnóstico e o tratamento precoce de patologias agudas, assim como o controle e acompanhamento de doenças crônicas possibilitem a diminuição do número de internações associadas a esses males. Diversos estudos têm demonstrado que elevadas taxas de internações por condições sensíveis à atenção básica estão associadas à baixa cobertura ou à baixa "resolutividade" da atenção primária (ALFRADIQUE et al., 2009, 1337).

212. Embora o reflexo das políticas de saúde sobre os indicadores não se faça notar em curtos intervalos de tempo, foi possível realizar uma breve análise sobre o comportamento e a evolução de alguns dos indicadores sensíveis à atenção básica entre os anos de 2001 e 2008.

213. O gráfico 13 (Taxa de internações por DDA em menores de 5 anos – 2001 a 2007) mostra tendência de queda de cerca de 44% entre 2001 e 2007, no Brasil. A única exceção é para a população que vive nos centros urbanos na faixa de 100 e 900 mil habitantes. Nesse estrato de população, o indicador sofreu uma elevação de dois pontos percentuais, mesmo tendo-se conseguido aumentar a cobertura da SF em 10% (dez por cento).

[...]

214. Já a taxa de internações por diabetes mellitus na população maior de 30 anos teve uma redução de 17% (dezessete por cento), entre 2001 e 2008. Destacando-se que, nos municípios com até 50 mil habitantes, o indicador teve um aumento. Os motivos para explicar a ascendência deste fenômeno não foram objeto desta auditoria, entretanto é possível concluir que tal comportamento pode ser tanto efeitos decorrentes do aumento do número de

diagnósticos, em função da ampliação do acesso, como também efeitos da baixa resolubilidade da estratégia em razão da dificuldade de acesso aos meios de apoio de diagnóstico (exames laboratoriais), ou ainda deficiências no processo de orientação das populações (promoção de saúde).

215. Além disso, segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, o diabetes vem se tornando um problema global com impacto humano, social e econômico devastador, nos últimos anos. Hoje, mais de 250 milhões de pessoas no mundo vivem com diabetes e, em 2025, esse total deverá aumentar para mais de 380 milhões de pessoas. A cada ano mais 7 milhões de pessoas desenvolvem diabetes e mais de 3,8 milhões de pessoas morrem de causas relacionadas com diabetes, uma morte a cada 10 segundos (http://www.worlddiabetesday.org/node/2415, acessado em 2/12/2009).

[...]

216. Os gráficos 15 e 16 tratam de indicadores que buscam medir o comportamento de doenças relacionadas à pressão arterial sistêmica. Esta patologia, se controlada adequadamente com medicamentos básicos, alimentação saudável e atividades físicas regulares, não evolui para o agravamento da saúde dos portadores e a consequente hospitalização.

217. No Brasil os dois indicadores apresentam queda (taxa de internações por acidente vascular cerebral AVC e taxa de internações por insuficiência cardíaca congestiva ICC). Houve redução de aproximadamente 35% (trinta e cinco por cento) e 24% (vinte e quatro por cento) entre os exercícios de 2001 a 2008 e 2001 a 2007, respectivamente, mostrando melhora no quadro geral da condição de saúde do Brasil. Paralelamente, entre 2001 e 2008 a cobertura das ESF subiu de cerca de 26% para 50%. Constatou-se ainda, por meio de pesquisa, que 95,8% e 94,6% dos gestores municipais desenvolvem atividades relacionadas ao controle da hipertensão arterial e do diabetes mellitus, respectivamente.

[...]

218. Como forma de possibilitar a obtenção de elementos adicionais que permitissem melhor avaliar os resultados das iniciativas governamentais destinadas a disseminar a atenção básica em saúde, procurou-se avaliar como as ações desenvolvidas pelos municípios têm refletido nos indicadores de saúde sensíveis a essa modalidade de atenção.

219. No Brasil, os estudos sobre as internações por condições sensíveis

ainda são incipientes. Entretanto, já vêm sendo cogitados em estratégias de monitoramento de desempenho da Saúde da Família concebidas em alguns estados e municípios (ALFRADIQUE et al., 2009, 1338).

220. No presente estudo, foram selecionados indicadores que fazem parte da lista brasileira de indicadores sensíveis à atenção básica, construída por especialistas em conjunto com o Ministério da Saúde, Estados, DF e Municípios e envolve a promoção da saúde infantil, o controle da hipertensão arterial e da diabetes:

a. taxa de internações por doença diarreica aguda (DDA) em crianças menores de cinco anos;

b. taxa de internações por acidente vascular cerebral (AVC) em maiores de 40 anos;

c. taxa de internações por insuficiência cardíaca congestiva (ICC) em maiores de 40 anos;

d. taxa de internações por diabetes mellitus na população maior que 30 anos.

221. Como variáveis representativas da expansão da Saúde da Família, foram escolhidas o montante total das transferências de recursos federais em favor da atenção básica per capita (PAB Fixo), o percentual de pessoas cadastradas e os percentuais de cobertura tanto de ESF, quanto de ACS. Foram considerados os dados referentes ao período de 2001 a 2006, desagregados por município.

222. A apuração da relação entre essas variáveis e a evolução dos indicadores de saúde foi realizada por meio de regressão dos dados organizados em painel com estimação de efeitos fixos. A análise de regressão estuda a dependência estatística de determinadas variáveis, denominadas dependentes, no caso as taxas de internação, em relação a uma ou mais variáveis explicativas, no caso os fatores escolhidos como representativos da expansão da atenção básica, com o objetivo de estimar o valor médio das variáveis dependentes (GUJARATI, 2000, p. 4). Nas regressões de dados em painel as mesmas unidades, no caso os municípios, são acompanhadas ao longo de determinado período de tempo (WOOLDRIDGE, 2006, P. 402).

223. A estimação dessa dependência por meio de modelo de efeitos fixos foi considerada a técnica mais adequada para a aferição dos resultados da expansão da atenção básica. Isso se deve a que, em primeiro lugar, esse tipo de estimação leva em conta, exclusivamente, as alterações sofridas pelas variáveis dependentes, no caso, as taxas de internação, em decorrência de alterações ha-

vidas nas variáveis explicativas. São desconsideradas características específicas dos municípios que não se alteram durante o período analisado, como porte, região, IDH etc., mesmo que possam afetar os indicadores de saúde. Afinal, o que se buscou identificar, foram os resultados da expansão da atenção básica e não as características de cada município que estão associadas a determinadas taxas de internações.

224. Além disso, esse método não está sujeito a fornecer estimativas enviesadas da relação entre as variáveis, provocadas por variáveis omitidas que não se alteram com o tempo, quando correlacionadas com as variáveis explicativas. Há que se considerar que os coeficientes de determinação de todos os modelos testados apresentam valores baixos, o que indica a presença de outros fatores interferindo nas mudanças das taxas de internação.

225. Os resultados das análises desenvolvidas demonstraram que a expansão da SF representada pelo crescimento nos recursos federais investidos, pelo percentual de pessoas cadastradas, assim como pelos percentuais de cobertura, está associada ao decréscimo nas taxas de internações avaliadas, com exceção das taxas de internações por diabetes mellitus, que se mostraram positivamente relacionadas com o avanço da atenção básica.

226. É interessante observar que modelos que consideram as características específicas dos municípios, como de cortes transversais agrupados ou de efeitos aleatórios, para muitas combinações de variáveis testadas, resultam em coeficientes positivos, refletindo o fato de que a atenção básica está mais disseminada em municípios pequenos, com piores indicadores de saúde.

227. A tabela a seguir apresenta um quadro resumido de como as taxas de internação são afetadas pelas variáveis que representam as ações e investimentos relacionados com a Atenção Básica. Os resultados representam o efeito médio observado nas taxas de internação, desconsideradas as características individuais de cada município, assim como o efeito provocado pela evolução do Produto Interno Bruto – PIB municipal do período, variável de controle incluída nas estimativas. Os detalhes da metodologia empregada, assim como dos resultados alcançados, constam do Apêndice A – Metodologia – Regressão de dados em painel.

[...]

228. No que diz respeito à transferência de recursos federais para a aplicação em atenção básica, incluindo PAB fixo e PAB variável (coluna 2 da tabela 3), os coeficientes de regressão evidenciam que o aumento em 1 real per capita, em média, está relacionado a diminuições de, aproximadamente, 0,12 na taxa de internações por diarreia aguda em crianças menores de cinco

anos, 0,15 na taxa de internações por AVC e 0,83 na taxa de internações por ICC. No caso do diabetes, o efeito observado é o contrário, o aumento de uma unidade nos recursos está relacionado ao acréscimo de 0,06 na taxa de internações.

229. Cabe esclarecer que a taxa de internações por diarreia representa o número de internados por mil crianças até 5 anos. Portanto, a diminuição de uma unidade na taxa representa um paciente que deixou de ser internado para uma população de mil pessoas. As demais taxas refletem o número de internações para uma população de 10.000 habitantes e a interpretação é análoga. Por exemplo, o aumento de 10% no percentual de cobertura das ESF para um município de 10 mil habitantes, está relacionado a uma pessoa e meia (1,632) que não precisa ser internada por insuficiência cardíaca congestiva (ICC). Ou, ainda, um percentual de cobertura 30% maior em um município de 10 mil habitantes, corresponde a, praticamente, uma pessoa a menos internada (30 x - 0,0290).

230. Para permitir uma melhor compreensão da real grandeza dos coeficientes obtidos, a tabela 5 apresenta as relações entre as taxas de internação e os fatores que representam a expansão da atenção básica em termos de elasticidade. Ou seja, evidencia a relação entre as variações percentuais das variáveis dependentes (primeira coluna) e das variáveis independentes (linha de cabeçalho). Por exemplo, uma evolução de 100% na transferência de recursos está associada a uma redução de, aproximadamente, 15% da taxa de internação por diarreia aguda.

[...]

231. Ao se analisar os resultados do Programa Atenção Básica em Saúde em todo o território nacional, deve-se levar em conta as diferentes realidades vividas pelos municípios brasileiros, assim como os diferenciados graus de expansão da estratégia Saúde da Família. A cobertura das ESF é maior em municípios pequenos e decresce conforme vai aumentando o porte dos municípios, conforme evidencia o Gráfico 17, a seguir.

[...]

232. Em razão disso, considerou-se importante avaliar, também, a relação entre as taxas de internações e a expansão da SF para os diferentes portes de município. Os resultados obtidos a partir da regressão dos percentuais de cobertura das ESF para os diferentes estratos de municípios são apresentados na tabela abaixo.

[...]

233. É possível observar que, de maneira geral, as taxas de internações apresentam relações negativas mais acentuadas quando associados ao nível de expansão da SF de municípios maiores, à exceção da Diabetes Mellitus. Apenas as internações por insuficiência cardíaca mostram uma reversão dessa tendência para municípios com mais de 100 mil habitantes. Ao se realizar as mesmas estimativas para as demais variáveis explicativas (transferências per capita de recursos, percentual de cobertura por ACS e percentual de pessoas cadastradas) observa-se esse mesmo quadro: relações negativas crescentes para as internações por diarreia e AVC na medida em que aumenta o porte dos municípios e idem para as internações por ICC, mas com oscilações.

234. A investigação das razões que determinam essa tendência extrapola o escopo das análises realizadas. Pode-se, no máximo, supor que decorram de fatores associados à maior "resolutividade" das ações desenvolvidas nos centros maiores, devida ao acesso mais facilitado a exames complementares e a tratamentos especializados. Há que se considerar que a expansão da SF em municípios menores e mais carentes pode contribuir para que o acesso à saúde se processe de forma mais equitativa, frente às demais carências dos serviços de saúde dessas localidades.

235. Para melhor entendimento dos coeficientes associados às taxas de internação por diabetes mellitus, foram analisadas, separadamente, as relações com as transferências de recursos federais para os municípios que integram e que não integram regiões metropolitanas. Observou-se que a relação positiva entre as taxas de internação e a expansão da SF é mais acentuada nos municípios que não integram regiões metropolitanas: +0,073. Para os municípios que pertencem a regiões metropolitanas, o coeficiente obtido é negativo, de -0,0996.

236. Cabe destacar que a variável transferência de recursos federais per capita foi escolhida para compor o modelo de regressão por apresentar coeficientes estatisticamente significativos para os dois grupos de municípios. Ao se utilizar as demais variáveis explicativas, não obstante se observar a mesma tendência, os coeficientes para os municípios que integram região metropolitana resultaram não significativos para o intervalo de confiança de 95%.

237. Para essa questão, as análises econométricas também não são capazes de fornecer elementos para uma conclusão sobre os fatores envolvidos. Os resultados obtidos permitem apenas que sejam levantadas hipóteses sobre os fatores que poderiam determinar a relação positiva, como dificuldades para a realização de exames ou necessidade de maior tempo para o surgimento de efeitos benéficos dos tratamentos, entre outros fatores. Entretanto, posições conclusivas acerca da contribuição desses fatores demandariam estudos mais aprofundados que não integram o escopo das análises desenvolvidas.

238. É importante considerar, entretanto, que o diabetes mellitus é uma doença que se encontra em expansão, o que mostra coerência com os resultados obtidos. Segundo o Caderno de Atenção Básica n.º 16 do Ministério da Saúde, que trata especificamente do diabetes mellitus (BRASIL, 2006), atualmente, essa patologia pode ser considerada uma epidemia mundial. Conforme a publicação, a adoção de estilos de vida pouco saudáveis, com dietas inadequadas, obesidade e sedentarismo, a crescente urbanização e o envelhecimento da população são os principais fatores que determinam o aumento da incidência e prevalência do diabetes em todo o mundo. No mesmo sentido, pesquisa divulgada em novembro de 2009 pelo Ministério da Saúde mostrou que, no Brasil, entre 1990 e 2006, o risco de morte por diabetes para adultos de 20 a 74 anos passou de 16,3 por 100 mil habitantes, para 24 por 100 mil habitantes (BRASIL, 2009).

239. Para que haja um adequado entendimento da extensão dos resultados dos modelos econométricos desenvolvidos, devem-se realizar algumas ressalvas. Um primeiro aspecto a ser considerado é que as análises quantitativas realizadas não são capazes de estabelecer, por si só, uma relação de causa e efeito entre as variáveis dependentes e independentes. Segundo Kendal e Stuart (1961 apud GUJARATI, 2000. p. 8), "(...) uma relação estatística, por mais forte e sugestiva que seja jamais pode estabelecer uma relação causal: nossas ideias sobre causação devem vir de fora da estatística, enfim, de outra teoria". Portanto, interpretações sobre os efeitos provocados nas taxas de internações em decorrência da expansão das políticas de atenção básica em saúde devem estar embasadas na teoria subjacente, que associa as iniciativas de atenção primária com reduções nas taxas de internação de patologias focalizadas pelo modelo de atenção básica.

240. Outro importante ponto a ser ressaltado é que outros programas ou fatores que têm influência na morbidade das enfermidades relacionadas também podem afetar as taxas de internações. A título de exemplo, pode-se citar a diminuição do tabagismo que ocorreu nos últimos anos, a qual pode ter influído nas taxas de internação por AVC. Portanto, a omissão dessas variáveis nos modelos econométricos pode redundar em algum viés nos coeficientes obtidos. Cabe esclarecer que somente variáveis omitidas que se alteram com o tempo, como mudanças no hábito de fumar ou alterações no nível de saneamento básico, por exemplo, podem ter algum efeito sobre os coeficientes apurados.

241. Outra questão que se deve considerar é a possível endogeneidade das variáveis que representam a expansão da SF. Na teoria econômica, uma variável pode ser considerada endógena quando deve ser explicada pelo modelo econômico e pode ser considerada exógena quando sua variação é

determinada externamente, fora do escopo do estudo econométrico (KENNEDY, 2009, p. 520). Os modelos utilizados supõem que esta expansão tem repercutido nas taxas de internação, mas não o contrário. Entretanto, é possível considerar que elevadas taxas de crescimento de problemas de saúde acabem influenciando nas decisões de alguns gestores municipais de implementar ou expandir o programa. Nesse caso, parte da relação observada entre as variáveis explicativas e explicadas decorreria dessa influência. Ou seja, a gravidade do quadro da saúde pública estaria influenciando na expansão da atenção básica. Essa possibilidade também foi considerada por outros estudos que procuraram avaliar o impacto da atenção básica em condições de saúde da população.

242. Serra (2003) tratou as variáveis explicativas como exógenas e citou quatro trabalhos internacionais que partiram desse mesmo pressuposto. Entretanto, considerou a endogeneidade como possível limitação. Rocha e Soares (2008) utilizaram variáveis qualitativas representando o tempo que cada município está no programa, que foram consideradas mais exógenas. Peixoto e Rocha (2008) consideraram o problema reduzido por iniciarem a coleta de dados a partir do ano de 1999, quando o programa já havia sido estendido a praticamente todos os municípios.

243. Para verificar até que ponto esse problema pode ter afetado os coeficientes obtidos, optou-se por realizar novas estimações para as variáveis representativas dos recursos transferidos, assim como do percentual de pessoas cadastradas apenas para os municípios que apresentavam a estratégia Saúde da Família bastante disseminada no início do período de levantamento dos dados. Para tanto, foram considerados apenas os dados dos municípios que contavam com mais de 89% de cobertura de ESF em 2001. Partiu-se da premissa que nesses municípios a possibilidade para que os gestores municipais procurassem ampliar o programa em decorrência da gravidade dos problemas de saúde era bastante limitada.

244. Os resultados obtidos continuaram mostrando relações negativas entre a expansão da atenção básica e as taxas de internação (vide Apêndice A). Esses resultados oferecem evidências de que os efeitos da endogeneidade na expansão do programa, se existentes, são pouco acentuados.

245. Outro aspecto que merece ser mencionado é a possibilidade de que os resultados tenham sido afetados por incorreções nas bases de dados utilizadas. Não obstante terem sido identificados alguns valores extremos e discrepantes, em função da sua pouca representatividade frente ao universo pesquisado, bem como da falta de critérios objetivos para identificar e corrigir eventuais erros de medição, optou-se por não realizar correções. Maiores informações sobre possíveis inconsistências nas bases de dados, assim como

acerca da decisão de utilizá-las, conforme foram disponibilizadas pelas fontes indicadas, podem ser obtidas no Apêndice A.

246. É importante salientar que as breves análises desenvolvidas não pretendem esgotar o assunto. Foram realizadas com o intuito de oferecer elementos adicionais para avaliar os resultados das iniciativas relacionadas à atenção básica e como uma contribuição à análise da efetividade dessas ações. Nesse sentido, espera-se que os resultados evidenciados possam contribuir para uma melhor compreensão do impacto da atenção primária na saúde da população e que estudos complementares e mais aprofundados possam elucidar os pontos levantados que o escopo da presente análise não permitiu avaliar.

Análise dos comentários dos gestores

247. Nos termos do item 6.5 do Manual de Auditoria de Natureza Operacional, aprovado pela Portaria TCU nº 144, de 10 de julho de 2000, a versão preliminar do relatório de auditoria foi submetida à Secretaria de Atenção à Saúde – SAS/MS, por meio do Ofício n.º 466/2009-TCU/Secex-4.

248. O Departamento de Atenção Básica da SAS/MS enviou, por meio do eletrônico (impresso e acostado às fls. 90 a 110), os comentários que considerou pertinentes ao relatório preliminar enviado, comprometendo-se a, posteriormente, encaminhar o documento impresso e assinado. Vale ressaltar que os comentários do DAB versavam, em sua maioria, a respeito das propostas de encaminhamento.

249. Foram fornecidos também, pelo DAB, dados atualizados dos cálculos dos indicadores, no âmbito do Pacto pela Saúde, definidos como aptos a medir o fortalecimento da atenção básica, assim, esses dados foram atualizados no relatório. Além disso, o DAB apresentou sugestão de correção de fontes de informações de alguns dados, sendo que foi realizada, no relatório, a correção dessas fontes.

250. A respeito da sugestão do DAB de que seja elaborado um cronograma de execução das ações propostas, foi acrescentada determinação ao Ministério da Saúde para que este encaminhe, no prazo de 90 (noventa) dias, informação a respeito das ações já tomadas e Plano de Ação contendo cronograma de adoção das medidas necessárias ao atendimento das determinações e recomendações proferidas por este Tribunal, com o nome dos responsáveis por cada medida.

251. Em relação à recomendação proposta, no item 114, para que o MS, ao eleger os municípios a serem contemplados com recursos federais para construção de UBS no Plano Nacional de Implantação de Unidades Básicas de Saúde, priorize aqueles municípios com Equipes de Saúde da Família e Saúde Bucal já existentes e que estejam instaladas em locais impróprios para

o adequado atendimento à população, o DAB entendeu que os critérios estabelecidos na Portaria GM/MS n.º 2.226, de 2009, transcritos abaixo, já priorizam os municípios com equipes existentes. Ressalta-se que o Componente I refere-se à implantação de UBS em municípios com população de até 50.000 habitantes e o Componente II, à implantação de UBS em municípios com população de mais de 50.000 habitantes.

"Art. 4º Estabelecer os seguintes critérios para utilização das UBS a serem financiadas/construídas, segundo a cobertura de Saúde da Família, necessidade de Equipes e segundo o Componente do Plano:

I - Componente I

a) Município com a cobertura de Saúde da Família igual ou superior a 70% (setenta por cento): poderá utilizar a UBS para instalação de ESF já existente ou para nova ESF a ser implantada;

b) Município com a cobertura de Saúde da Família menor que 70% (setenta por cento): somente poderá utilizar a UBS para instalação de nova ESF a ser implantada;

II - Componente II

a) Município com a cobertura de Saúde da Família igual ou superior a 50% (cinquenta por cento): poderá utilizar a UBS para instalação de ESF já existentes ou para novas ESF a serem implantadas;

b) Município com a cobertura de Saúde da Família menor que 50% (cinquenta por cento): somente poderá utilizar a UBS para instalação de novas ESF a serem implantadas;".

252. Em que pesem os comentários do gestor, entende-se que os critérios estabelecidos no artigo 4º da Portaria GM/MS nº 2.226, de 2009, não priorizam os municípios com Equipes de Saúde da Família e Saúde Bucal já existentes, isso pode ser observado claramente quando a Portaria estabelece que para municípios com coberturas menores (alíneas "b" dos incisos I e II do referido artigo) as UBS somente poderão ser utilizadas para a instalação de novas equipes. A intenção da equipe, ao propor a recomendação, foi que o MS, quando da análise das propostas encaminhadas e da seleção/habilitação das construções de UBS a serem financiadas, priorizasse a seleção de construções de UBS para equipes já existentes e para as que estejam instaladas em locais impróprios. Dessa forma, a proposta de recomendação foi mantida.

253. Ao comentar a respeito da proposta exposta no item 135, que re-

comenda ao MS que desenvolva mecanismos de incentivo com objetivo de fixar o profissional médico por um tempo médio maior em municípios que apresentam alta rotatividade de profissionais de saúde, a exemplo de parcerias com a Caixa Econômica Federal – CEF, incentivando os recém-graduados nos cursos de medicina, enfermagem e odontologia que participaram do Programa de Financiamento Estudantil (FIES) a atuarem em localidades pré-selecionadas com alta demanda para, em contrapartida desse trabalho, receberem abatimentos nas parcelas do financiamento estudantil recebido, o DAB informou a respeito de algumas ações já realizadas pelo Ministério da Saúde, como o UNA – SUS, PRÓ-RESIDÊNCIA e o Programa Telessaúde Brasil para apoio à Estratégia de Saúde da Família no Sistema Único de Saúde, programa instituído recentemente pela Portaria GM/MS nº 402, de 24 de fevereiro de 2010.

254. Além dessas ações, foi promulgada a Lei. 12.202, de 14 de janeiro de 2010, alterando a Lei 10.260, de 12 de julho de 2001, e dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES, permitindo abatimento de saldo devedor do FIES daquele profissional médico que integrar equipes de saúde da família oficialmente cadastrada em áreas e regiões com carência e dificuldade de retenção desse profissional. Desse modo, a vigência da referida lei vislumbra uma alternativa para atrair profissionais para áreas em que há essa dificuldade, não mais persistindo as razões para a recomendação outrora proposta, já modificada no texto do relatório.

255. Em relação à proposta de recomendação ao Ministério da Saúde para que este avalie a possibilidade de prever a existência de contratos com horários diferenciados, a serem adotados nos locais onde o problema de evasão de profissionais e de descumprimento de horário esteja comprometendo o funcionamento da estratégia SF, o DAB diz entender que a disponibilidade dos profissionais em horário integral, oito horas por dia, é fundamental para garantir o alcance dos fundamentos básicos da Estratégia Saúde da Família. No entanto, a equipe de auditoria, diante dos achados, entende ainda pertinente recomendação de debate, avaliação, a respeito do assunto.

256. O DAB, ao comentar a respeito da proposta de recomendação, ao Ministério da Saúde, de incentivo à implantação e a utilização do software ProGRAB (Programação para Gestão por Resultados na Atenção Básica) e do projeto AMQ (Avaliação para Melhoria da Qualidade da Estratégia Saúde da Família) pelos municípios, avaliando a conveniência e a oportunidade de designar um grupo local para treinamento dessa atividade, expõe alguns trabalhos realizados no âmbito do Departamento que têm como objetivo o fortalecimento da implantação do projeto AMQ – a realização de oficinas para formação de multiplicadores, a parceria visando a realização de cursos à

distância e o tratamento dado ao projeto AMQ na fase 2 do Proesf (Projeto de Expansão e Consolidação da Saúde da Família). Contudo, apesar das ações em curso, percebeu-se baixa adesão a essas estratégias. Considerando a necessidade de uma maior expansão na implantação e utilização do software ProGRAB e do projeto AMQ, entende-se necessária a manutenção da proposta.

257. Ao explanar sobre a proposta que recomenda ao Ministério da Saúde a divulgação aos municípios dos resultados calculados, pelo próprio DAB, a partir da base de dados nacional, dos indicadores pactuados pelos municípios no âmbito do monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde, o DAB informou, entre outras ações, a respeito de ação conjunta com a Secretaria de Vigilância em Saúde – SVS, visando à institucionalização do monitoramento e da avaliação e à qualificação das ações de vigilância em saúde e atenção primária à saúde nas esferas de gestão do SUS. Conforme informado pelo DAB, no instrumento de monitoramento elaborado pela SVS, foram inseridos os indicadores de atenção básica do pacto pela saúde, sendo que as visitas de monitoramento conjunto já foram realizadas em 18 estados. Todavia, em que pese o valor dessa ação, entende-se importante a divulgação dos referidos resultados aos municípios. Dessa maneira, a proposta de encaminhamento não foi alterada.

258. Quanto à proposta de recomendação, ao Ministério da Saúde, de desenvolvimento e implementação de críticas dos dados informados por estados e municípios no aplicativo Sispacto, a fim de se que seja evitada a inserção de informações relacionadas ao estabelecimento de metas subestimadas (metas piores que resultados anteriores), erros de digitação e de cálculo das metas e dos resultados dos indicadores de monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde, o DAB informa que o Departamento de Apoio a Gestão Descentralizada – DAGD da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde está trabalhando na revisão do Sispacto, a fim de aprimorar a ferramenta com a inserção de críticas, de forma a identificar metas super ou subestimadas. Deste modo, tendo em vista que ações no sentido da proposta ainda estão em fase de elaboração, entende-se que essa proposta deve ser mantida.

259. O DAB apenas tece comentários a respeito do CNES e da integração deste sistema com o SIAB, ao comentar acerca da proposta de recomendação, ao Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde, de desenvolvimento de mecanismos de críticas eletrônicas no sistema de informações do CNES, a fim de rastrear os profissionais que estejam cadastrados na estratégia Saúde da Família e também em outros estabelecimentos de saúde, cuja distância física (entre municípios) impossibilite o exercício da função em ambos os estabelecimentos. Assim sendo, a aludida proposta de recomendação permaneceu no relatório.

260. Ao finalizar seus comentários, o DAB sugere que sejam enviadas àquele Ministério as irregularidades detectadas, no que diz respeito ao descumprimento das diretrizes da Portaria GM/MS nº 648, de 2006. Cabe esclarecer que irregularidades detectadas foram tratadas no âmbito de cada processo de auditoria das Secretarias de Controle Externo do TCU sediadas nos Estados, sendo assim, outras recomendações e determinações foram feitas diretamente aos gestores municipais. Ao longo do relatório foram identificados os municípios em que ocorreram as falhas. Consta ainda, nos presentes autos, a Matriz de Achados (fls. 66 a 88), na qual se identificam os municípios relacionados a cada achado.

Conclusão

261. A presente auditoria buscou avaliar o desempenho das principais estratégias do programa atenção básica em saúde, a partir da utilização da Saúde da Família como base para reorientação do modelo de assistência à Saúde por meio da organização dos sistemas de saúde municipais.

262. Constatou-se que após mais de 20 anos de SUS, o planejamento da saúde continua sendo negligenciado apesar de ser considerado requisito básico para o regular financiamento. Grande parte dos gestores municipais não está atenta à importância dos instrumentos necessários à organização adequada da saúde do município. Os recursos financeiros são geridos de acordo com necessidades momentâneas sem uma adequação prévia à realidade local.

263. A inexistência do plano municipal de saúde remonta a causas elementares como a falta de recursos humanos capacitados para desenvolver e coordenar as atividades de elaboração do plano municipal de saúde. Esta prática tende a comprometer a eficiência dos sistemas de saúde, gerando desperdício de verbas públicas e baixo retorno social para a população.

264. Mesmo depois de 15 anos de existência da Saúde da Família, problemas como baixo investimento na infraestrutura, ausência ou interrupções no programa de educação continuada, desestruturação nas atividades de controle, deficiências na avaliação e monitoramento das atividades continuam contribuindo negativamente na organização da saúde no município, prejudicando as possibilidades de melhoria nas condições de saúde das pessoas.

265. É importante destacar que a Atenção Básica não está integrada adequadamente aos outros níveis de atenção à saúde. Graves problemas no acesso aos serviços de média e alta complexidade geram dificuldades para dar continuidade aos tratamentos fora da Saúde da Família, uma vez que exames de apoio de diagnósticos são imprescindíveis para a identificação precoce de patologias. Há de se considerar que tal situação afeta diretamente a capacida-

de de resolução atribuída ao trabalho das Equipes de Saúde da Família - ESF. Sobre este ponto, os gestores estaduais pesquisados assinalaram que a baixa resolubilidade das ações desenvolvidas pela ESF constitui-se em fator de prejuízo substancial à consolidação do modelo de atenção a partir da SF (13 dos 14 secretários estaduais que responderam à pesquisa).

266. Embora a saúde tenha muitos determinantes que perpassam por questões à margem das políticas específicas de saúde, deve-se destacar que segundo a Organização Mundial de Saúde – OMS a atenção primária tem condições de resolver cerca de 80% dos problemas de saúde mais prevalentes. Dessa forma, é imprescindível que as atividades desenvolvidas pelas ESF tenham a resolubilidade e a credibilidade esperada. Uma Unidade Básica de Saúde - UBS sem infraestrutura adequada, sem profissionais capacitados para realizar os atendimentos apropriados e sem condições de realizar os encaminhamentos necessários, não alcançará a credibilidade da população, além de não conseguir solucionar aqueles problemas para os quais fora instituído.

267. Embora tenham se verificado diversos problemas associados à desestruturação e desorganização dos sistemas municipais de saúde, ainda assim percebeu-se que os recursos financeiros, aplicados nas estratégias da atenção básica, têm surtido efeito positivo na melhoria das condições de saúde da população (capítulo 9 - itens 215 a 255).

268. Foram identificadas, ainda, boas práticas na condução do programa nos diversos entes envolvidos. O Apêndice C do presente relatório apresenta o resumo das principais.

269. Apesar de o sistema municipal de saúde ainda não estar organizado da forma como preconiza a PNAB, há de se reconhecer o impacto que a estratégia SF já causou na melhoria da saúde da população. Considerando o potencial da atenção primária sobre a situação de saúde de uma população e as condições em que se encontram as unidades disponíveis às equipes, os impactos seriam bem mais significativos se as unidades básicas de saúde fossem dotadas de infraestrutura adequada ao desenvolvimento dos trabalhos; se houvesse um planejamento compatível com a realidade em todos os municípios; se o monitoramento acompanhasse de forma fidedigna o comportamento dos indicadores municipais e se houvesse adequada integração entre os níveis de atenção à saúde. Assim, os trabalhos desenvolvidos pela SF trariam retornos mais positivos no quadro geral da saúde pública no país.

270. As recomendações decorrentes do presente trabalho, expressas na proposta de encaminhamento, versam sobre o gerenciamento do programa e envolvem, entre outros aspectos, a necessidade de que os gestores da SF aprimorem o planejamento municipal das ações de saúde, ampliem o número de consultas especializadas e exames de diagnóstico disponíveis à popula-

ção, invistam recursos financeiros na infraestrutura das Equipes de Saúde da Família, aperfeiçoem os cursos de capacitação voltados para elaboração dos instrumentos de planejamento, monitoramento e avaliação das ações desenvolvidas pela Saúde da Família.

271. Espera-se que as recomendações possam contribuir para o aperfeiçoamento da Política Nacional de Atenção Básica no cumprimento dos objetivos relacionados à ampliação do acesso à saúde de forma universal e igualitária, conforme preconizado no texto constitucional, bem como por meio de melhorias operacionais a fim de que a estratégia Saúde da Família possa ser efetivamente o eixo de organização do sistema municipal de saúde, a partir do desenvolvimento de atividades voltadas para promoção e prevenção da saúde da população.

Proposta de encaminhamento

272. Diante do exposto, e visando contribuir para a melhoria do desempenho da Atenção Básica, submete-se este relatório à consideração superior com as seguintes propostas:

273. Recomendar ao Ministério da Saúde que:

a) desenvolva ações estratégicas de capacitação voltadas para orientação prática na elaboração do Plano Municipal de Saúde, incluindo a confecção de um roteiro simplificado para subsidiar os gestores locais na elaboração do documento; (itens 58 a 73)

b) promova discussões no âmbito das instâncias de pactuações do Sistema Único de Saúde – SUS (Comissão Intergestores Bipartite – CIB e Comissão Intergestores Tripartite – CIT) acerca da necessidade de que cada estado da federação estabeleça critérios mais objetivos para o cofinanciamento (contrapartida) das estratégias da Atenção Básica em Saúde, em especial a Saúde da Família; (itens 87 a 92)

c) ao eleger os municípios a serem contemplados com recursos federais para construção de Unidades Básicas de Saúde – UBS no Plano Nacional de Implantação de UBS priorize aqueles municípios com Equipes de Saúde da Família e Saúde Bucal já existentes e que estejam instaladas em locais impróprios para o adequado atendimento à população; (itens 106 a 126)

d) doravante oriente os Estados, Distrito Federal e Municípios acerca dos normativos que regem a contratação direta de pessoal para atuar nas estratégias Saúde da Família, Saúde Bucal e Agentes Comunitários de Saúde, exigindo a devida adequação ao artigo 39 da Constituição Federal de 1988 ou ao que dispõe a Lei n.º 11.350, de 2006, guardadas as devidas situações de excepcionalidade abrigadas pela ADIn n.º 2.135/DF, regulamentando inclusive sobre

a suspensão dos incentivos financeiros na modalidade fundo a fundo aos gestores municipais que não adequarem a contratação da força de trabalho aos regramentos constitucionais e legais; (itens 127 a 149)

e) avalie a possibilidade de prever a existência de contratos de trabalho com os membros das equipes de Saúde da Família com horários diferenciados daquele estabelecido pela Política Nacional de Atenção Básica, a serem adotados nos locais onde o problema de evasão de profissionais e de cumprimento de horário esteja comprometendo o funcionamento da estratégia Saúde da Família; (itens 150 a 159)

f) incentive a implantação e a utilização do software ProGRAB (Programação para Gestão por Resultados na Atenção Básica) e do projeto AMQ (Avaliação para Melhoria da Qualidade da Estratégia Saúde da Família) pelos municípios, avaliando a conveniência e a oportunidade de designar um grupo local para treinamento dessa atividade; (itens 187 a 214)

g) divulgue aos municípios os resultados – calculados, pelo próprio Departamento de Atenção/DAB/SAS/MS, a partir da base de dados nacional – daqueles indicadores pactuados pelos municípios no âmbito do monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde; (itens 187 a 214)

h) desenvolva e implemente mecanismos de críticas dos dados informados por estados e municípios no aplicativo Sispacto, a fim de se que sejam evitados a inserção de informações relacionadas ao estabelecimento de metas subestimadas (metas piores que resultados anteriores), erros de digitação e de cálculo das metas e dos resultados dos indicadores de monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde; (itens 187 a 214)

i) articule com as Secretarias Estaduais de Saúde a inclusão de tópicos relacionados a controle, avaliação e monitoramento, bem como a respeito da metodologia de cálculo dos indicadores de monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde no conteúdo dos cursos a serem ministrados às Coordenações Municipais da Atenção Básica e às Equipes de Saúde da Família. (itens 187 a 214)

274. Recomendar ao Ministério da Saúde que, em conjunto com as Secretarias Estaduais de Saúde, Conselho Nacional de Secretários de Saúde – Conass e Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – Conasems:

a) oriente os gestores municipais da saúde acerca da necessidade de acompanhar as atualizações das Programações Pactuadas e Integradas – PPI's dos respectivos estados, a fim de garantir o quantitativo de consultas especializadas, internações e a exames de maior densidade tecnológica suficiente para atendimento da população; (itens 74 a 86)

b) oriente os municípios, quando da habilitação de novas equipes de saú-

de da família, acerca da importância de se escolherem instalações físicas que atendam aos requisitos mínimos para um adequado atendimento à população, preferencialmente que as equipes sejam acomodadas em instalações diferentes daquelas destinadas aos centros ou postos de saúde da rede tradicional das Secretarias de Saúde; (itens 106 a 116)

c) divulgue e oriente as Secretarias Municipais de Saúde acerca do cumprimento dos requisitos mínimos para obter-se financiamento federal por meio da Portaria GM/MS nº 2.198, de 2009, a fim de incentivar os municípios a adquirir insumos e equipamentos necessários ao desenvolvimento das ações da Saúde da Família e Saúde Bucal; (itens 117 a 126)

d) desenvolva mecanismos adequados para garantir que Estados e municípios aloquem recursos financeiros (contrapartida) para custear a Farmácia Básica de acordo com os normativos vigentes; (itens 117 a 126)

e) promova discussões com os Secretários Municipais de Saúde acerca da importância da identificação da capacidade instalada na área da saúde de cada município, bem como do levantamento das necessidades de saúde local, para realização da compatibilização entre demanda e oferta, de modo que, naqueles casos de insuficiência de serviços de maior complexidade nos estabelecimentos públicos de saúde dos municípios, envide esforços visando à tempestiva contratualização e/ou à formalização de consórcios municipais, a fim de garantir o adequado acesso da população a consultas especializadas e a exames de maior densidade tecnológica. (itens 74 a 86)

275. Recomendar ao Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde – Datasus que:

a) desenvolva mecanismos de críticas eletrônicas no sistema de informações do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, a fim de rastrear os profissionais que estejam cadastrados na estratégia Saúde da Família e também em outros estabelecimentos de saúde, cuja distância física (entre municípios) impossibilite o exercício da função em ambos os estabelecimentos; (itens 93 a 105)

b) desenvolva mecanismos eletrônicos de inserção de dados destinados a alimentação dos conteúdos básicos de cada Plano Municipal de Saúde, bem como dos objetivos e metas, de modo que os órgãos de fiscalização, controle social e demais interessados tenham acesso às informações de saúde levantadas pelos municípios. (itens 58 a 73)

276. Determinar ao Ministério da Saúde, com fulcro no artigo 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que encaminhe a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, informação a respeito das ações já tomadas e um Plano de Ação contendo cronograma de adoção das medidas necessárias ao aten-

dimento das recomendações proferidas por este Tribunal, com o nome dos responsáveis por cada medida.

277. Determinar ao Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde – Datasus, com fulcro no artigo 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que encaminhe a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, informação a respeito das ações já tomadas e um Plano de Ação contendo cronograma de adoção das medidas necessárias ao atendimento das recomendações proferidas por este Tribunal, com o nome dos responsáveis por cada medida.

278. Enviar cópia deste relatório de auditoria e da deliberação que vier a ser proferida ao (à):

a) Ministério da Saúde;

b) Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde – Datasus;

c) Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados;

d) Conselho Nacional de Saúde – CNS;

e) Conselho Nacional de Secretários de Saúde – Conass;

f) Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – Conasems.

É o Relatório.

VOTO

Aprecia-se nesta oportunidade relatório consolidado de Auditoria Operacional, sob a forma de Fiscalização de Orientação Centralizada – FOC, realizada nas principais estratégias do Programa Atenção Básica em Saúde (Saúde da Família – SF, Saúde Bucal – SB e Agente Comunitário de Saúde) em atendimento à Solicitação da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, conforme o Acórdão 1067/2009 – TCU - Plenário.

2. Por meio da referida solicitação, o Congresso Nacional, em decorrência da aprovação da Proposta de Fiscalização e Controle nº 53/2008, de autoria do Deputado Dr. Pinotti, requereu ao TCU providências no sentido de realizar fiscalização no âmbito da estratégia Saúde da Família – SF, a fim de verificar a legalidade, legitimidade, economicidade e a gestão dos recursos repassados pelo Ministério da Saúde ao custeio da referida estratégia.

3. O relatório em exame apresenta os resultados dos trabalhos levados a efeito em visitas in loco efetivadas em 54 (cinquenta e quatro) municípios, distribuídos em 18 (dezoito) Estados da federação, bem assim pesquisa postal estatística a todos os estados da federação e a 2000 (dois mil) municípios, além

de entrevistas com os gestores federais do programa e análise das bases de dados disponíveis.

4. A fiscalização teve por objetivo avaliar a gestão dos recursos federais repassados aos municípios para custear o funcionamento das mencionadas estratégias, por meio da implantação, implementação e operacionalização das ações da Saúde da Família, sendo, para tanto, avaliados aspectos operacionais relacionados ao planejamento municipal, que deve adequar-se à referida estratégia; à alocação dos recursos financeiros, especialmente, no que se refere ao cumprimento da contrapartida dos entes federados no financiamento da atenção básica em saúde; à infraestrutura disponível para o desenvolvimento das atividades das equipes; ao processo de trabalho, de acordo com os objetivos da política de saúde e ao controle e avaliação, notadamente aquele realizado pelo gestor local sobre a atuação das Equipes da Saúde da Família ESF, Equipes de Saúde Bucal ESB e Agente Comunitário de Saúde ACS.

5. Com isso, o problema da auditoria consistiu em tentar identificar em que medida a SF, SB e ACS têm sido efetivamente utilizados como estratégias para organizar os sistemas municipais de saúde, a partir dos principais objetivos propostos na Política Nacional de Atenção Básica em Saúde – PNAB.

6. Sob esse enfoque, o problema foi segmentado em cinco pontos necessários à reestruturação do sistema de saúde municipal: planejamento; aplicação dos recursos financeiros; infraestrutura; processo de trabalho das equipes; e controle, avaliação e monitoramento, sendo para cada um desses pontos formulada uma questão de auditoria, objetivando identificar possíveis distorções na implantação e implementação das estratégias da Atenção Básica.

7. Antes de se adentrar no exame das constatações da fiscalização, convém registrar que a Atenção Básica em Saúde, consoante a Portaria GM/MS nº 648/2006, caracteriza-se por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrangem a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação e a manutenção da saúde, sendo desenvolvida por meio de exercício de práticas gerenciais e sanitárias, democráticas e participativas, sob forma de trabalho em equipe, dirigidas a populações de territórios bem delimitados, pelos quais cada equipe assume a responsabilidade.

8. Dessa forma, consoante destacou a equipe de fiscalização, as estratégias do programa, sobretudo a Saúde da Família, objetivam a reorganização do modelo de atenção à saúde do país, em consonância com os preceitos do Sistema Único de Saúde – SUS, por meio da implantação de equipes multiprofissionais fixadas em unidades básicas, próximas da população usuária, visando estabelecer a SF como primeiro nível de assistência à saúde (principal porte de entrada do SUS).

9. Por conseguinte, o principal eixo de atuação se materializa na ampliação do acesso à rede de serviços de saúde, especialmente, nas seguintes áreas: controle da tuberculose, eliminação da hanseníase, controle de hipertensão, controle de diabetes mellitus, saúde bucal, saúde da criança, saúde do idoso e saúde da mulher.

10. O relatório consigna um expressivo crescimento nos últimos anos na implantação das equipes estratégicas da Atenção Básica, sendo isso evidenciado pelo aumento do número de equipes multiprofissionais implantadas, que saltou de 3.062 para 29.300 equipes entre 1998 e 2008, e pela cobertura da SF, que passou de 7% para 50% no mesmo período.

11. Da mesma forma ocorreu em relação aos recursos destinados à Atenção Básica, que corresponderam a aproximadamente R$ 8 bilhões no exercício de 2008, representando 17,98% do montante executado na Função Saúde do Orçamento Federal, sendo que a estratégia Saúde da Família participou com 58% desse valor.

12. As principais constatações e achados das equipes de auditoria apresentados no relatório precedente indicam diversos problemas relacionados à organização e estruturação dos sistemas municipais de saúde, destacando-se as deficiências do sistema de planejamento, da infraestrutura disponível para o desenvolvimento das atividades da estratégia Saúde da Família e das práticas de trabalho voltadas para a promoção de saúde e para o controle, avaliação e monitoramento das atividades desenvolvidas.

13. No tocante ao sistema de planejamento, a fiscalização constatou que, a despeito da exigência legal (art. 4º, inciso III, da Lei nº 8.142, de 1990), diversos municípios não possuíam o Plano Municipal de Saúde e a Programação Anual da Saúde ou, quando existentes os instrumentos de planejamento, os mesmos continham diversas falhas na sua elaboração, a exemplo da ausência de diagnóstico da situação de saúde do município, ausência de metas, objetivos e mecanismos de acompanhamento das ações desenvolvidas no âmbito da Saúde da Família.

14. Tal constatação, como concluiu a fiscalização, demonstra que, mesmo após mais de 20 (vinte) anos do Sistema SUS, o planejamento da saúde continua sendo negligenciado, em que pese ser considerado requisito básico para o seu regular funcionamento, e que grande parte dos gestores municipais, até por desconhecimento, não estão atentos à importância dos instrumentos necessários à organização adequada da saúde do município, de modo que os recursos são geridos de acordo com as necessidades momentâneas sem uma adequação prévia à realidade local.

15. Ainda, apurou-se que a Atenção Básica não está adequadamente inte-

grada aos outros níveis de atenção à saúde, a exemplo dos graves problemas no acesso aos serviços de média e alta complexidade por parte dos usuários da Saúde da Família, dificultando, assim, a continuidade dos tratamentos, o que compromete a resolubilidade do trabalho desenvolvido pelas equipes da Saúde da Família e a consolidação dessa estratégia na prestação de saúde à população.

16. Relativamente à aplicação dos recursos financeiros, nada obstante a Política Nacional de Atenção Básica prever que o seu financiamento será tripartite, ressai dos autos a constatação quanto à ausência de critérios objetivos que estabeleçam a distribuição dos recursos estaduais, à semelhança dos já existem em relação aos recursos federais, comprometendo, assim, a manutenção da infraestrutura, a aquisição de insumos e a contratação de recursos humanos necessários ao desenvolvimento das ações da Saúde da Família, sendo essa, aliás, uma das causas apontadas pelos gestores municipais para a dificuldade na consolidação da referida estratégia.

17. Quanto à infraestrutura disponível para o desenvolvimento das atividades das equipes de Saúde da Família, revela-se preocupante a constatação da auditoria quanto à precariedade das instalações físicas de algumas unidades de saúde visitadas, a falta de equipamentos e insumos básicos para o desenvolvimento dos trabalhos e os problemas relacionados à contratação, à fixação e à capacitação das respectivas equipes.

18. Nesse último caso, verificou-se que, muitas vezes, os profissionais contratados para trabalharem como Agentes Comunitários de Saúde – ACS não recebem o curso introdutório de formação inicial e continuada para o desenvolvimento de tal mister, conforme estabelece a Lei nº 11.350, de 2006, no seu art. 6º, ocorrência essa que não pode ser imputada exclusivamente ao gestores municipais, mas também aos gestores estaduais e federais, que deveriam prestar o devido apoio aos municípios na execução da educação continuada.

19. Observou-se também que um dos pilares da Atenção Básica à Saúde, ou seja, a promoção da saúde, não vem sendo realizada a contento, por meio das ações educativas, apontando-se, entre as causas, a insuficiência de recursos financeiros, a inexistência de espaço físico adequado e carência de materiais para a realização de atividades, como palestras, o que impede a execução de ações de prevenção junto à população atendida, não se coadunando, desta forma, com a filosofia da estratégia Saúde da Família.

20. Relativamente ao acompanhamento e avaliação das ações e dos resultados da Saúde da Família, a constatação principal é de que existem falhas na consecução dessas atividades, o que dificulta sobremaneira a aferição da efetividade e da eficácia da estratégia e o aprimoramento das ações da referida estratégia. As causas são as mais diversas, destacando-se o desconhecimento

por parte de diversos profissionais acerca das medidas de avaliação, o que demonstra a necessidade de maior comprometimento ou mesmo a disseminação das informações entre os atores envolvidos.

21. Apesar de todos os problemas identificados na estruturação e organização dos sistemas municipais de saúde, a auditoria consigna, além da constatação de boas práticas, que os recursos financeiros aplicados na estratégia Saúde da Família têm surtido efeito positivo na melhoria das condições de saúde da população, utilizando-se para tal conclusão as bases de dados do Datasus combinados com os indicadores de atividades hospitalares sensíveis às atividades desenvolvidas na atenção básica.

22. Nesse particular, registra o relatório que os resultados das análises desenvolvidas demonstraram que, como regra, a expansão da estratégia Saúde da Família representada pelo crescimento nos recursos federais investidos, pelo percentual de pessoas cadastradas, assim como pelos percentuais de cobertura, está associada ao decréscimo nas taxas de internação.

23. Diante das constatações resumidas anteriormente, a equipe de fiscalização formulou diversas recomendações aos órgãos federais envolvidos, buscando com isso contribuir para o aperfeiçoamento da Política Nacional de Atenção Básica, de forma a atender os objetivos relacionados à ampliação do acesso à saúde de forma universal e igualitária, assim como por meio de melhorias operacionais a fim de que a estratégia Saúde da Família consolide-se como eixo principal da organização do sistema municipal de saúde, mormente com ações voltadas à promoção e à prevenção da saúde da população.

24. Com efeito, verifico que a proposta da equipe dirige-se essencialmente para as questões relacionadas ao gerenciamento do programa Atenção Básica em Saúde, a exemplo da necessidade de os gestores da Saúde da Família aprimorarem o planejamento municipal das ações de saúde e a aperfeiçoarem os cursos de capacitação destinados para elaboração dos instrumentos de planejamento, monitoramento e avaliação das ações desenvolvidas no âmbito da referida estratégia.

25. Assim, considerando a oportunidade de melhorias na atuação dos diversos órgãos federais envolvidos, entendo oportunos e adequados os encaminhamentos formulados pela equipe de fiscalização. No entanto, julgo necessário ajuste na proposta de determinação dirigida ao Ministério da Saúde e ao Datasus quanto à elaboração de Plano de Ação, tendo em vista que será da estrita conveniência dos órgãos a adoção das recomendações ora sugeridas.

26. Deste modo, deve ser determinado aos órgãos que, caso venham a implementar as medidas alvitradas, encaminhem a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, o referido plano, com o cronograma e a indicação dos

nomes dos respectivos responsáveis, além de informações acerca das medidas eventualmente já adotadas, objetivando com isso melhor acompanhamento da política pública e sugestões de aprimoramento por parte do TCU.

27. Outrossim, ante as disposições da Resolução TCU nº 215/2008, julgo que o presente trabalho atende plenamente a Solicitação da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, razão pela qual entendo necessário constar da deliberação a ser proferida item específico nesse sentido.

28. Por fim, não poderia deixar de reconhecer os esforços empreendidos pelas diversas Secretarias do Tribunal engajadas na consecução da fiscalização, em especial a 4ª Secex, responsável pela condução da auditoria, às quais, como de forma costumeira, denotam mais uma vez a qualidade do corpo técnico do TCU.

Ante o exposto, manifestando em essência concordância com a proposta da unidade técnica, sem prejuízo dos ajustes de forma pertinentes, VOTO por que o Colegiado adote a deliberação que ora submeto à sua apreciação.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 26 de maio de 2010.

JOSÉ JORGE
Relator

ACÓRDÃO N.º 1188/2010 – TCU – PLENÁRIO

1. Processo nº TC 009.017/2009-2.

1.1. Apenso: 014.485/2009-5

2. Grupo I – Classe II – Assunto: Solicitação do Congresso Nacional.

3. Interessada: Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados.

4. Órgão/Entidade: não há.

5. Relator: Ministro José Jorge.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade técnica: 4ª Secretaria de Controle Externo – 4ª Secex.

8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Solicitação formulada pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, conforme o Acórdão 1067/2009 – TCU – Plenário, em que se aprecia relatório consolidado de Auditoria Operacional, sob a forma de Fiscalização de Orientação Centralizada – FOC, realizada nas principais estratégias do Programa Atenção Básica em Saúde (Saúde da Família – SF, Saúde Bucal – SB e Agente Comunitário de Saúde).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. recomendar ao Ministério da Saúde que:

9.1.1. desenvolva ações estratégicas de capacitação voltadas para orientação prática na elaboração do Plano Municipal de Saúde, incluindo a confecção de um roteiro simplificado para subsidiar os gestores locais na elaboração do documento;

9.1.2. promova discussões no âmbito das instâncias de pactuação do Sistema Único de Saúde – SUS (Comissão Intergestores Bipartite – CIB e Comissão Intergestores Tripartite – CIT) acerca da necessidade de cada estado da federação estabelecer critérios mais objetivos para o cofinanciamento (contrapartida) das estratégias da Atenção Básica em Saúde, em especial a Saúde da Família;

9.1.3. ao eleger os municípios a serem contemplados com recursos federais para construção de Unidades Básicas de Saúde – UBS no Plano Nacional de Implantação de UBS, priorize aqueles municípios com Equipes de Saúde da Família e Saúde Bucal já existentes e que estejam instaladas em locais impróprios para o adequado atendimento à população;

9.1.4. doravante oriente os Estados, Distrito Federal e Municípios acerca dos normativos que regem a contratação direta de pessoal para atuar nas estratégias Saúde da Família, Saúde Bucal e Agentes Comunitários de Saúde, exigindo a devida adequação ao artigo 39 da Constituição Federal de 1988 ou ao que dispõe a Lei nº 11.350, de 2006, guardadas as devidas situações de excepcionalidade abrigadas pela ADIN nº 2.135/DF, regulamentando inclusive sobre a suspensão dos incentivos financeiros na modalidade fundo a fundo aos gestores municipais que não adequarem a contratação da força de trabalho aos regramentos constitucionais e legais;

9.1.5. avalie a possibilidade de prever a existência de contratos de trabalho com os membros das equipes de Saúde da Família com horários diferenciados daquele estabelecido pela Política Nacional de Atenção Básica, a serem adotados nos locais onde o problema de evasão de profissionais e de cum-

primento de horário esteja comprometendo o funcionamento da estratégia Saúde da Família;

9.1.6. incentive a implantação e a utilização do software ProGRAB (Programação para Gestão por Resultados na Atenção Básica) e do projeto AMQ (Avaliação para Melhoria da Qualidade da Estratégia Saúde da Família) pelos municípios, avaliando a conveniência e a oportunidade de designar um grupo local para treinamento dessa atividade;

9.1.7. divulgue aos municípios os resultados daqueles indicadores pactuados pelos referidos entes no âmbito do monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde, os quais são calculados pelo próprio Departamento de Atenção/DAB/SAS/MAS;

9.1.8. desenvolva e implemente mecanismos de críticas dos dados informados por estados e municípios no aplicativo Sispacto, a fim de se que sejam evitados a inserção de informações relacionadas ao estabelecimento de metas subestimadas (metas piores que resultados anteriores), erros de digitação e de cálculo das metas e dos resultados dos indicadores de monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde;

9.1.9. articule com as Secretarias Estaduais de Saúde a inclusão de tópicos relacionados a controle, avaliação e monitoramento, bem como a respeito da metodologia de cálculo dos indicadores de monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde no conteúdo dos cursos a serem ministrados às Coordenações Municipais da Atenção Básica e às Equipes de Saúde da Família.

9.2. recomendar ao Ministério da Saúde que, em conjunto com as Secretarias Estaduais de Saúde, Conselho Nacional de Secretários de Saúde – Conass e Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – Conasems:

9.2.1. oriente os gestores municipais da saúde acerca da necessidade de acompanhar as atualizações das Programações Pactuadas e Integradas – PPIs dos respectivos Estados, a fim de garantir o quantitativo de consultas especializadas, internações e a exames de maior densidade tecnológica suficiente para atendimento da população;

9.2.2. oriente os municípios, quando da habilitação de novas equipes de Saúde da Família, acerca da importância de se escolherem instalações físicas que atendam aos requisitos mínimos para um adequado atendimento à população, preferencialmente que as equipes sejam acomodadas em instalações diferentes daquelas destinadas aos centros ou postos de saúde da rede tradicional das secretarias de saúde;

9.2.3. divulgue e oriente as Secretarias Municipais de Saúde acerca do cumprimento dos requisitos mínimos para se obter financiamento federal por meio da Portaria GM/MS nº 2.198, de 2009, a fim de incentivar os municípios

a adquirir insumos e equipamentos necessários ao desenvolvimento das ações das Saúde da Família e Saúde Bucal;

9.2.4. desenvolva mecanismos adequados para garantir que Estados e municípios aloquem recursos financeiros (contrapartida) para custear a Farmácia Básica de acordo com os normativos vigentes;

9.2.5. promova discussões com os Secretários Municipais de Saúde acerca da importância da identificação da capacidade instalada na área da saúde de cada município, bem como do levantamento das necessidades de saúde local, para realização da compatibilização entre demanda e oferta, de modo que, naqueles casos de insuficiência de serviços de maior complexidade nos estabelecimentos públicos de saúde dos municípios, envide esforços visando à tempestiva contratualização e/ou à formalização de consórcios municipais, a fim de garantir o adequado acesso da população a consultas especializadas e a exames de maior densidade tecnológica;

9.3. recomendar ao Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde – Datasus para que:

9.3.1. desenvolva mecanismos de críticas eletrônicas no sistema de informações do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, a fim de rastrear os profissionais que estejam cadastrados na estratégia Saúde da Família e também em outros estabelecimentos de saúde, cuja distância física (entre municípios) impossibilite o exercício da função em ambos os estabelecimentos;

9.3.2. desenvolva mecanismos eletrônicos de inserção de dados destinados a alimentação dos conteúdos básicos de cada Plano Municipal de Saúde, bem como dos objetivos e metas, de modo que os órgãos de fiscalização, controle social e demais interessados tenham acesso às informações de saúde levantadas pelos municípios;

9.4. determinar ao Ministério da Saúde e ao Datasus que, caso venham a implementar as medidas sugeridas nos subitens anteriores, encaminhem a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, Plano de Ação contendo cronograma e o nome dos respectivos responsáveis pelas providências, além de informações acerca das medidas eventualmente já adotadas;

9.5. dar ciência do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam, bem assim de cópia do respectivo relatório consolidado de auditoria, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, ao Conselho Nacional de Saúde – CNS; ao Conselho Nacional de Secretário de Saúde – Conass; ao Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – Conasems;

9.6. com fundamento no art. 14, inciso IV, da Resolução TCU nº 215/2008, considerar integralmente atendida a Solicitação da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados de que trata o presente processo;

9.7. arquivar os autos.

10. Ata n° 17/2010 – Plenário.

11. Data da Sessão: 26/5/2010 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1188-17/10-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Ubiratan Aguiar (Presidente), Valmir Campelo, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge (Relator) e José Múcio Monteiro.

13.2. Auditor convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Auditor presente: Marcos Bemquerer Costa.

(Assinado Eletronicamente)
UBIRATAN AGUIAR (Assinado Eletronicamente)
JOSÉ JORGE Presidente Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES

1. A REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DA SAÚDE – RBDS é uma publicação nacional da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB), com periodicidade semestral, em meio impresso e eletrônico, que tem como objetivos promover, sob a perspectiva jurídica:

I - a discussão de temas relacionados à prestação de serviços de Saúde;
II - ampliar a divulgação do entendimento dos Tribunais sobre o tema; e
III - mobilizar a sociedade em torno de questões que afetam o direito fundamental à saúde.

2. Serão publicados manuscritos (artigos, pareceres, jurisprudência comentada, resenhas e atos normativos comentados) inéditos, de autoria individual ou coletiva.

3. É vedado o envio simultâneo de manuscrito à RBDS e outro periódico.

4. Após a publicação do manuscrito na RBDS, é permitida a veiculação do texto em outro periódico, desde que conste da nova publicação a referência original completa.

5. O envio do manuscrito indica que seus autores conhecem e concordam com as normas da presente CHAMADA DE ARTIGOS e implica autorização para sua publicação.

6. Os manuscritos devem ser enviados ao Coordenador Científico da REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DA SAÚDE, para o endereço eletrônico fernando@advcom.com.br

7. O Coordenador Científico, responsável pela organização e publicação do periódico, após análise formal prévia, encaminhará os manuscritos a dois avaliadores – membros do Conselho Editorial ou pareceristas *ad hoc* – que farão o exame dos trabalhos pelo sistema *double blind peer review*.

8. Os manuscritos deverão seguir as normas estabelecidas no anexo do presente edital.

9. Os conceitos e opiniões contidos nos manuscritos são de inteira responsabilidade de seus autores, eximindo-se a Editora, o Coordenador Científico e o Conselho Editorial de qualquer responsabilidade sobre o conteúdo publicado.

10. Os autores não serão remunerados pela veiculação dos manuscritos e o recebimento dos textos não implica obrigatoriedade de publicação.

11. Informações sobre a publicação podem ser encontradas no endereço: www.cmb.org.br

NORMAS DE PADRONIZAÇÃO PARA ENVIO DE ARTIGOS

1. Os manuscritos apresentados à REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DA SAÚDE - RBDS deverão seguir a estrutura física abaixo:

a) Título do artigo (em português e inglês);

b) Nome do autor (no máximo três autores);

c) Pequena qualificação logo abaixo do nome do autor;

d) Sumário do artigo, no qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

> SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Administração Pública e assistência à saúde. 2.1 Transformações na Administração Pública. 2.1.1 Reconhecimento dos Limites da Atuação Estatal. 2.1.2 Legalidade Material: a Eficiência como Interface com a Realidade. 2.1.3 Reorganização Administrativa e Responsabilidade Estatal pela Assistência à Saúde.

e) Resumo do artigo com no máximo dez linhas (em português e inglês);

f) Palavras-chave, como o exemplo que segue (em português e inglês);

> PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Orçamento. Saúde. Teoria da reserva do possível.

f) Texto do artigo;

g) Referências bibliográficas.

2. O editor de texto utilizado para digitalização deve ser o Word para Windows e, com base nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a padronização aceita será a seguinte:

- fonte de digitação Arial tamanho 12, com espaçamento de linhas de 1,5 e alinhamento justificado;

- numeração sequencial de página na margem inferior direita, no documento inteiro;
- uso de 3 cm para margem à esquerda e 2 cm para superior, inferior e à direita, e parágrafos recuados em 1,5 cm da esquerda;
- no caso de qualquer destaque no corpo do texto, dê preferência ao itálico;
- capitulação feita com título principal em negrito, com palavras principais iniciadas em letra maiúscula e alinhado à esquerda; e títulos parciais recuados em 1,5 cm, com as palavras principais iniciadas em letra minúscula e uso da numeração progressiva em algarismos arábicos;
- citações textuais longas, com mais de quatro linhas, separadas em um parágrafo independente, com recuo esquerdo de 4 cm, alinhamento justificado, espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10;
- citações textuais pequenas, até quatro linhas, inseridas no texto entre aspas e sem itálico;
- número da chamada em citações em algarismos arábicos, na entrelinha superior, sem parênteses depois do sinal de pontuação, referente à nota bibliográfica;
- uso de forma unificada de expressões em língua estrangeira, destacando-as em itálico;
- uso de forma padronizada de 'grifos meus', 'grifos nossos' ou 'grifos acrescentados' etc.;
- notas em geral, incluindo citações ao pé de página, devem utilizar espaçamento simples entre linhas e tamanho de fonte 10, também em letra Arial; e
- referências bibliográficas feitas de acordo com a NBR 6023/2000 – Norma Brasileira da ABNT. Como no exemplo a seguir:

> ROSE, Richard. On the Priorities of Government: A developmental Analysis of Public policies. *European Journal of Political Research*, Amsterdam, n.4, 1976.

3. Os textos devem ser revisados, assim como respeitar a linguagem adequada a uma publicação editorial científica (com base nas novas regras de ortografia).

4. O corpo do email deve conter informações dos autores, como titulações, telefone e endereço.

5. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista e os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.

Esta revista foi impressa em papel Off-set 90g nas oficinas da Maxi Gráfica
e Editora Ltda em janeiro de 2012.